

Ueber den Schutz des Gläubigers im Römischen Recht
gegen Verkürzungshandlungen seines Schuldners.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Facultät der Universität Freiburg

vorgelegt

von

H. Eugen Claasen

Referendar



1879.

Deutz, Dietz'sche Buchdruckerei.

From m.

102 red

Clasen

Ueber den Schutz des Gläubigers im Römischen Recht
gegen Verkürzungshandlungen seines Schuldners.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Facultät der Universität Freiburg

vorgelegt

von

H. Eugen Claasen

Referendar.



1879.

Deutz, Dietz'sche Buchdruckerei.



Meinem Vater

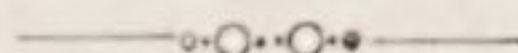
Baumeister

JOHANN JAKOB CLAASEN

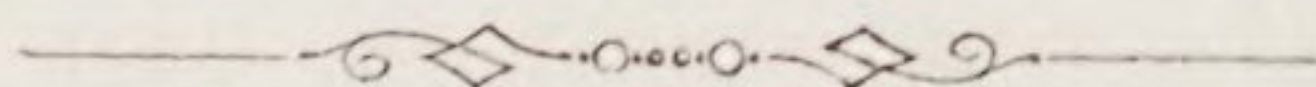
in Cöln

gewidmet.

INHALT.



	Seite.
Einleitung	1
I. Die einzelnen Theile der paulianischen Rechtsbildung.....	—
a. Die actio leg. 1 D. 42, 8.....	5
b. Die actio leg 10 § 1 sqq. D. 42, 8 und das interdictum leg. 10 pr. eod.	10
c. Die exceptio leg 25 D, 42, 5.....	32
d. Die actio §i 6 J. 4, 6.....	36
II. Voraussetzungen und Inhalt der Pauliana.....	47
a. Voraussetzungen	—
1. gestum vel factum	—
2. consilium fraudandi.....	50
3. eventus fraudis	53
4. conscientia fraudis.....	57
b. Inhalt	58
Anhang: Erfüllung und Pfandbestellung	64



Es gibt kaum eine Einzelheit in dem römischen Recht, über welche im Allgemeinen und im Detail, in historischer und dogmatischer Beziehung so verschiedene Meinungen aufgestellt sind und nebeneinander bestehen, als über die Frage, wann und wie der Gläubiger gegen Verkürzungs-Handlungen seines Schuldners geschützt wurde, und selbst das justinianische Recht erscheint noch immer als ein nicht gelöstes Räthsel.

Bei aller Verschiedenheit im Uebrigen gingen von jeher die Meisten von der gemeinsamen Ansicht aus, dass in dem Corpus juris nur eine einzige fraudatorische Klage enthalten sei. Ihr trat zuerst und mit Erfolg von Schröter¹⁾ entgegen: nach seinem Vorgang schied man das Rechtsmittel §i 6 J. de act. 4, 6 als in integrum restitutio oder auch als dingliche Klage von der allgemeinen persönlichen aus. Aber der Schwerpunkt der Frage lag gewiss nicht bei dieser oder überhaupt einer einzelnen Stelle, sondern da, wo die Materie als solche behandelt wird, in dem Digestentitel 42, 8. Und es hat an Versuchen nicht gefehlt, die Zweitheilung dieses Titels — getrennt werden in l. 1 pr. und l. 10 pr. Stellen aus dem Edict angeführt, welche getrennt auch in dem Edict gestanden haben, indem die erste aus dem 66., die andere aus dem 73. Buch Ulpian's ad edictum genommen ist — diese Zweitheilung zur Grundlage der Theorie zu machen, so in neuerer Zeit von Huschke²⁾ und Rudorff³⁾. Wie über die

¹⁾ Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. VI, S. 131—142.

²⁾ Das. N. F. XIV, S. 1—130.

³⁾ Zeitschr. f. Rechtsgesch. VIII, S. 62—69. Dag. Huschke, das. IX. S. 329—366.

ältern¹⁾ so ist auch über *Rudorff's* Thesen die Literatur bald zur Tagesordnung übergegangen und auch *Huschke* hat einen begründenden Erfolg nicht gehabt, aber nach seinen Untersuchungen ist die Einheitstheorie unhaltbar geworden. Blieb diese dennoch die herrschende, wie sie neuerdings eine umfassende Vertheidigung von *Reinhart*²⁾ erhalten hat, so blieb sie es als ein Nothbehelf.

Zur Erklärung der fraudatorischen Rechtsmittel muss man von dem ausgehen, wozu sie ihrer Natur nach gehören und woran sie sich auch in den Digesten und in dem Codex angeschlossen finden, von dem Prozess, dem Executionsrecht des Gläubigers.

Gegen den nicht belangbaren und den verurtheilten Schuldner, welcher nicht erfüllte, war jedem Gläubiger die Execution in und auf das gesammte Vermögen gestattet.³⁾ Der Prätor ertheilte die Erlaubniss zu dieser Execution — mittit in bona — die Erlaubniss, zunächst sämtliche Sachen des Schuldners in Mitbesitz (Detention) zu nehmen.⁴⁾ Zur Erlangung der Sachen des Schuldners dienten ein Interdict und eine in factum actio tit. Dig. 43, 4: wer den Gläubiger an der Besitzergreifung hinderte, machte einen Strafanspruch gegen sich entstehen auf Leistung dessen, warum der Gläubiger eingewiesen war. Aber der Schuldner war und blieb während der Execution der Eigenthümer seiner Sachen, noch immer konnte er verkaufen wie früher, uneingeschränkt, konnte verschenken, sich verpflichten, wie er wollte. Und hatte er verkauft, verschenkt, so half bei

¹⁾ Uebersicht derselben bei *Windscheid*, Pand. § 463.

²⁾ „Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger.“ Winterthur 1871.

³⁾ *Keller*, Röm. Civilprozess § 78, 84, 85.

⁴⁾ Mehr als diese Erlaubniss ist die Einweisung nicht, die Execution selbst liegt in der Hand des Gläubigers. Diess hat man überhaupt wenig und für die Pauliana noch gar nicht beachtet, man spricht von eingewiesenen als exequirenden Gläubigern, wo man von besitzenden Gläubigern sprechen müsste. S. Gai. III, 79 iubet praetor bona possideri, l. 2 D. 42, 4 in bona iri iubebo, Ueberschrift des Titels 42, 4: quibus ex causis in possessionem eatur. Die Erlaubniss zur Execution kann der Gläubiger gebrauchen oder nicht, l. 8 § 7 D. 42, 5 nam neque hoc imputatur creditori cur in possessionem non venerit, neque illud cur de possessione decesserit, während wenn die Einweisung Execution, der Prätor auch die Execution wieder aufheben müsste.

vollzogener Uebergabe nicht jenes Interdict oder die in factum actio, waren es doch nicht mehr Sachen des Schuldners, welche der Empfänger in Besitz hatte. Neuerdings eingegangene Verpflichtungen entzogen zwar dem Executionsgläubiger nicht eine einzelne Sache, aber sie konnten ihm fast das Ganze entziehen: Die neuen Gläubiger waren wie zur Theilnahme so auf den Erlös der Execution berechtigt — die neuen Gläubiger, welchen der Schuldner ohne weiteren Nachtheil, denn der Güterverkauf befreite ihn von allen Verpflichtungen,¹⁾ vielleicht das zehn- oder hundertfache seines Vermögens versprochen hatte. Hier bedurfte es eines ausserordentlichen Schutzes und das Edict gab ihn durch die actio leg. 1. D. h. t.: Fraudulose Handlungen des Schuldners während des Güterbesitzes des Gläubigers erzeugen diesem einen Anspruch auf Rückgabe der veräusserten Sachen und Aufhebung der eingegangenen Verbindlichkeiten.

Nach Ablauf der gesetzlichen Fristen schritt der Gläubiger zum Verkauf des Executionsvermögens. Der Erwerber der Güter, bonorum emtor, übernahm als Gegenleistung die Verpflichtung, die Gläubiger nach dem Gebot zu befriedigen, auf welches ihm in dem einzelnen Fall verkauft war. Bei der Zusage voller Befriedigung hatte der Gläubiger sein Ziel erreicht: durch die Mittelsperson des Güterkäufers erhielt er, was ihm zukam. Anders, und das war naturgemäss der gewöhnliche Fall, wenn die Gläubiger auf Bruchtheile ihrer Forderungen hatten verkaufen müssen: der Schuldner hatte das Versprechen der Befriedigung nicht erfüllt.²⁾ Dem so verletzten Gläubiger, welcher gegen Fraus während der Execution zwar geschützt gewesen, musste nothwendig ein Weiteres verliehen werden: wem daran lag, mochte bald den naheliegenden Ausweg vor jenem Rechtsmittel erkannt haben, er hatte sein Gut vor der Execution verthan. Gegen diese Fraus, die Fraus vor der Execution geht die in f, actio leg. 10 § 1 sqq. D. h. t. und das Interdict l. 10 pr. eod, beide dem verletzten, bei dem Güterverkauf nicht befriedigten Gläubiger zustehend.

¹⁾ L. 25 § 7 D. h. t. 42, 8.

²⁾ Fraudavit eum, qui credidit, in l. 4 D. 42, 7 wird Fraudator sogar der genannt, dessen Güter überhaupt verkauft worden sind.

Neben der actio leg. 1 ist dem Gläubiger noch eine weitere gegeben, jedoch von mehr prozessualen Charakter, die actio § 6 J. de act. 4, 6 und dem Güterkäufer eine exceptio l. 25 D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5, welche in der spätern Zeit, dem Verfahren der Einzelveräußerung der Güter — distractio, bonorum — auf die Gläubiger überging.

Unbedingte Voraussetzung jeden fraudatorischen Rechtsmittels war die Generalexecution. Bis zum Ende der classischen Zeit gingen alle Urtheile auf Geld; der Gläubiger hatte ein Recht auf Befriedigung überhaupt, nicht ein Recht auf Befriedigung durch eine bestimmte Sache, es kam also immer nur der Stand des ganzen Vermögens in Betracht. Eine Einzelexecution¹⁾ mochte ohne Erfolg sein, weil der Schuldner vorher schleunig seine Mobilien veräußert hatte: der Gläubiger konnte die Fruchtlosigkeit der Einzelexecution²⁾ vermeiden, wenn er an ihrer Statt die Generalexecution eingeleitet hätte. Besaß der Schuldner aber schon früher keine genügenden Mobilien, so durfte der Gläubiger weder überhaupt sich beschweren, noch irgendwann behaupten, durch eine Einzelexecution den Vermögensstand und die Insolvenz des Schuldners festgestellt zu haben.

Späterhin gab man Executionen auf die einzelne bestimmte Sache,³⁾ welche geschuldet ward. Nunmehr konnte die Einzelexecution und deren Fruchtlosigkeit den Beweis liefern, dass der Schuldner diese Sache nicht mehr in seinem Vermögen hatte, diesem Gläubiger gegenüber also zur Erfüllung nicht im Stande war: Der Schuldner hatte Schadenersatz (Geld) zu leisten und wenn er in böser Absicht die Sache aufgeben, soviel wie der Gläubiger, dem keine Gränze in der Abschätzung gesetzt ward,

¹⁾ Pignus in causa judicati captum, *Keller* § 83, 10.

²⁾ Eine Execution kann erfolglos sein, wenn sich überhaupt im Besitz des Schuldners zu Exequirendes nicht gefunden oder das Vorgefundene von einem Dritten in Anspruch genommen wird. Ueber den Einspruch gegen eine Pfändung wurde summarisch erkannt und der Gläubiger hatte im Fall des Unterliegens die gepfändeten Sachen freizugeben. Nachtheile entstanden daraus nicht für ihn. L. 15 § 4 D. de re jud. 42, 1. Wurde späterhin die Sache dem Käufer evincirt, so hatte dieser nur einen Anspruch gegen den Schuldner, der Gläubiger behielt den erlangten Kaufpreis. L. 74 § 1 D. de evict 21, 2

³⁾ *Keller* § 83, 20, l. 68 D. de R. V. 6, 1,

als sein Interesse eidlich erhärtete. Eine Wirkung aus der Fruchtlosigkeit der Execution gegen den neuen Erwerber wird in den Quellen nicht einmal in Frage gezogen, geschweige denn anerkannt. —

Die folgende Darstellung geht von dem prätorischen Rechte aus, wie es in den Digesten, fast der einzigen Quelle enthalten ist; die spätern geringen Aenderungen fallen mit den Aenderungen des Prozessrechts zusammen, mit welchem diese Materie eben in unzertrennlicher Verbindung steht.

I. Die einzelnen Theile der paulianischen Rechtsbildung.

a. Die actio leg. l. D. 42, 8.

„Ait prætor: Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum vel ei cui de ea re actionem dari oportebit intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo.“ l. 1 pr. h. t.

Die actio steht also dem Güterpfleger zu oder wenn sie sonst desswegen — de ea re: de his: de iis quae fraud. causa gesta sunt — gegeben werden muss. Ein Güterpfleger ist nur da, wenn's zu pflegen gibt d. h. wenn *die eingewiesenen Gläubiger den Besitz* erlangt haben. Die Anspruchsberechtigten sind natürlich diejenigen, deren Rechte der Curator wahrnimmt, die besitzenden Gläubiger, wie denn auch cui de ea re actionem dari oportebit sogleich durch quo edicto consuluit creditoribus revocando näher bestimmt wird.

Die herrschende Meinung behauptet Zulässigkeit einer actio aus l. 1 auch „vor Eröffnung des Concurses.“¹⁾ Ihr ist zu erwidern, dass man bei dem Zählen und Aufzählen mit dem An-

¹⁾ S. z. B. Windscheid, Pand § 463, 5; vor Eröffnung des Concurses = vor Erlangung des Güterbesitzes.

fang anfängt, während sie den an erster Stelle genannten Curator in die Mitte setzt: es kann nämlich in einigen Fällen nur und erst dann agirt werden, wenn die Güter verkauft, das Amt des Curator also sein Ende gefunden hat. Der Grund des allgemeinen *cui de ea re actionem dari oportebit* liegt in der Absicht eine weitläufige Aufzählung zu vermeiden: Ausser den erwähnten Ausnahmefällen der Zulässigkeit hinsichtlich der Zeit, finden zuweilen trotz des Nichtbesitzes dieselben Grundsätze Anwendung, als wenn der Gläubiger die Güter des Schuldners wirklich in Besitz genommen hätte,¹⁾ wofür denn wiederum ein weiterer schleppender Zusatz erforderlich gewesen.

Einige halten *curatori vel* für ein Emblem, allein in früherer Zeit wird das Amt des Curator bereits erwähnt²⁾ und wenn der Curator zur Zeit des Verfahrens durch Gesamtverkauf eines Vermögens nur ausnahmsweise gewählt wurde, so ist doch die Anführung eines bestimmten Klageberechtigten in unserer Stelle unentbehrlich, weil sonst eine Unbestimmtheit in dem Edict vorläge, welche in keiner Weise erkennen liesse, wem eigentlich die *actio* zustehe. Das Resultat dieser Untersuchung, wenn sie auch das Gegentheil, nämlich die Vornahme einer Einschaltung nachwiese, ist selbstredend unerheblich für das justinianische Recht gleich unerheblich auch für das frühere: Zu keinen Zeiten ist die *Actio* vor dem Güterbesitz zulässig gewesen. Man vergleiche l. 8 D. h. t.

„*Ex his colligi potest ne quidem portionem reddendam ex pretio: posse tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut si nummi soluti in bonis exstent jubeat eos reddi quia ea ratione nemo fraudetur.*“ Der Kläger soll in allen Fällen, wenn er den Anspruch aus l. 1 erhebt, gehalten sein, das Aequivalent, welches der Fraudator empfangt, dem Käufer herauszugeben, wenn sich das Aequivalent noch in bonis findet; wie wäre der Kläger, der fraudirte Gläubiger, in der Lage, etwas aus den Gütern des Schuldners herauszugeben, wenn er die Güter des Schuldners nicht in Händen hat?

Die *Actio* war zu keinen Zeiten vor erlangtem Güterbesitz

¹⁾ L. 12 § 2, l. 13 D. 42, 5.

²⁾ *Huschke* S. 39.

zulässig, sie ergreift nämlich nur die Handlungen, welche der Schuldner während des Güterbesitzes der Gläubiger vornahm. Darüber folgende Stellen:

L. 6 § 14 D. h. t. „Huius actionis annum computamus utilem quo experiundi potestas fuit ex die factae venditionis,“ d. h. vom Tag des fraudationis causa abgeschlossenen Verkaufs.¹⁾ Das Rechtsgeschäft ist als während des Güterbesitzes oder wenigstens als nach der missio abgeschlossen anzusehen, da sonst wegen eingetretener Verjährung die Actio meist dem versagt wäre, welcher gerade als der gewöhnliche Kläger erscheint, dem Güterpfleger.

L. 9 eod. „Is qui a debitore cuius bona possessa sunt . . . emerit.“

L. 6 § 7. „Nach dem Ausspruch *Julian's* ist es Rechtens, dass derjenige, welcher das ihm geschuldete Geld empfing *vorher als die Güter des Schuldners besessen wurden*, mag er auch noch so genau dessen Unvermögen kennen dieses Edict nicht zu fürchten habe: er hat sich vorgesehen. Wer aber sein Guthaben annahm, *nachdem die Güter in Besitz genommen waren*, der ist auf sein Theil zu rufen und den übrigen Gläubigern gleichzustellen; durfte er doch den übrigen nicht vorwegnehmen, nachdem die Güter in Besitz genommen, als schon aller Gläubiger Lage dieselbe war.“²⁾ — Aus dem Wortlaut der Stelle in por-

¹⁾ Vgl. *Huschke* S. 64. — *Reinhart* ergänzt mit der herrschenden Meinung boncrum. (S. 51.) Um seine Ansicht, dass nur eine persönliche Actio existire vor l. 10 § 16 zu retten, schafft man sich einen Widerspruch: l. 1 pr. sagt, die Verjährung laufe von dem Tage, wo der Rechtsweg betreten werden könne. *Reinhart* erklärt den Quellen entsprechend den Rechtsweg den Gläubigern auch während des Concurses für offenstehend, und doch soll l. 6 § 14 aussagen, die Verjährung laufe erst von dem Güterverkauf an — also zwei Anfangspunkte der Verjährung! (Dass die Zeit utiliter sich berechnet, ist natürlich für den Anfang der Verjährung in thesi gleichgültig l. 2 pr. D. quis ordo 38, 15; *Arndts* Pand § 90.)

²⁾ Auch l. 8 § 1 D. de reb. auct. 42, 5 gehört unter die actio leg. 1 D. 42, 8: Der eingewiesene Gläubiger hat die Früchte zu verkaufen oder die Fruchtziehung zu verpachten, wenn diess nicht schon vordem von dem Schuldner geschah — vordem, als der Gläubiger zu verkaufen oder zu verpachten beabsichtigte; zu ergänzen für die Handlung des Schuldners ist post bona possessa (oder unser System verlangt wenigstens diese Ergänzung.)

tionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus ergibt sich, dass gegen denjenigen, welcher während des Güterbesitzes Zahlung erhalten hat, ein Rückforderungsrecht durch den Güterverkauf erst begründet wird. Es kann Niemand auf ein — sein — Theil gerufen werden, wenn noch Keines Theil bestimmt worden; portio ist erst vorhanden, wenn dem Güterverkäufer zu den angebotenen Prozenten zugeschlagen ist und der technische Ausdruck hierfür.¹⁾

Uebrigens entspricht diese Bestimmung, welche wegen der Schnelligkeit der Executionsprocedur, wenigstens der des frühern Rechts, ziemlich ungefährlich ist dem Princip des Verfahrens, welches ja nicht wegen Insolvenz des Schuldners, sondern überhaupt gegen den verurtheilten oder nicht belangbaren Schuldner statthatte. Bei vollem Gebot des Güterkäufers, solventen Vermögen, hätte man andernfalls heute genommen, um morgen zurückzugeben.²⁾

Dasselbe sagt l. 6 § 13 D. h. t., welche ich sonst nicht zu erklären wüsste: „Item si necessarius heres legata praestiterit deinde eius bona venierint, Proculus ait etiamsi ignoraverint legatarii tamen utilem actionem dandam.“

Die Natur der Actio ist im Zusammenhang mit dem Folgenden zu behandeln.

„Bona debitoris sunt possessa“ sofern der eingewiesene Gläubiger auch nur eine Sache des Schuldners kraft der missio in Besitz genommen hat. Es war an sich meist unmöglich alle Sachen desselben zu ergreifen, ja an einigen Sachen ist unter allen Fällen aus natürlichen Gründen jede Detention überhaupt ausgeschlossen. Wie möchte der Gläubiger alle beweglichen körperlichen Sachen des Schuldners, hier und dort zerstreut, in Besitz nehmen, wann erst weit entlegene Grundstücke, darf er dem Schuldner die Kleider vom Körper reißen? Forderungsrechte können weder im Besitz genommen noch gehalten werden, weil das körperlich nicht Existirende körperlich auch nicht gehabt werden kann. Bei genügenden Gründen kommen, trotzdem von

¹⁾ L. 58 § 1 mand. 17, 1; *Demburg*, bon. emptio S. 133³.

²⁾ Da dem befriedigten Gläubiger die Gegenleistung aus der Masse — sein Forderungsrecht — zu restituiren gewesen. l. 7, 8 D. h. t

dem Vermögen des Schuldners gar nichts in Besitz genommen ist, dieselben Grundsätze in Anwendung, als seien die Güter des Schuldners wirklich in Besitz genommen,¹⁾ warum sollten andere Grundsätze anzuwenden sein, wenn der Gläubiger zwar nicht alle, aber doch mehr als nichts, sei es auch nur eine Sache des Schuldners besitzt. Genügende Gründe liegen vor, da der Gläubiger nicht einen allgemeinen Besitz an dem Vermögen des Schuldners erlangen kann, wie unten näher zu behandeln, sondern sich den Besitz jeder einzelnen Sache verschaffen muss, welche er dann hinwiederum nicht als einzelne, vielmehr als zum Vermögen des Schuldners gehörige besitzt. In den Quellen findet sich keine directe Antwort auf diese auch prozessualisch bedeutende, aber soviel ich sehe noch nicht berührte, Frage, aus der Natur der Sache ergibt sich m. E. die angeführte.²⁾

1) L 12 § 2, l. 13 D. de rebus auct. 42, 5.

2) Vgl. jedoch Cic. pro P. Quinctio oratio. In diesem Prozess über die Sponsion des *Quinctius* „si bona sua ex edicto possessa non essent“ (§ 30) behauptet *Cicero*, dass *Nävius* die Güter des Gegners *Quinctius* nicht edictmässig besessen habe und zwar aus den folgenden Gründen: 1. *Nävius* hatte überhaupt kein Recht Einweisung zu verlangen, er war nicht Gläubiger (l. 12 pr. D. de reb. 42, 5); 2 selbst als Gläubiger hatte er dazu kein Recht, denn auf Seiten des *Quinctius* lag keiner der Gründe vor, welche einem Gläubiger Postulation auf Einweisung gestattet hätten (§ 60 sq., Dig. tit. 42, 4 quib. ex causis;); 3. jedenfalls war die Art des Besitzes nicht diejenige, welche das Edict vorschreibt, a *Nävius* hat die Vorschriften des Edicts verletzt, er hat den Gegner aus dem Grundstück verdrängt, während der Prätor dem Gläubiger nur Mitbesitz gestattet § 84, 85; b. *Nävius* hat zwingende Vorschriften des Edicts nicht befolgt, er hat nur den *ager gallicanus*, eine einzige Sache, nicht alle Sachen des *Quinctius* in Besitz genommen, welche er hätte in Besitz nehmen können und demgemäss nach Vorschrift des Edicts hätte nehmen müssen. — Was die Behauptung unter 3. angeht, so ist sie wohl nur als Coloratur anzusehen, um die juristisch weiter nicht erheblichen Motive des *Nävius* klar und dessen Handlungsweise in's rechte Licht zu stellen s. § 90 ex quo et ex caeteris dictis factis cogitatisque Sex. Naevii quivis potest intelligere istum nihil aliud egisse neque nunc agere nisi uti per vim per iniuriam per iniquitatem iudicii totum agrum qui communis est, suum facere possit.“ *Nävius* hat den Gegner aus dem Besitz verdrängt — diess ändert doch nichts an der Thatsache, dass *Nävius* auf Grund der Einweisung in Besitz nahm und besitzt; *Nävius* hat zu wenig gethan, nämlich nur eine einzige Sache in Besitz genommen — aber doch auf Grund der prätorischen Einweisung in das Vermögen und nicht als einzelne Sache, sondern als Sache aus dem Vermögen des Schuldners. Man denke, die letztere Behaup-

Das Verfahren der *distractio bonorum* unterscheidet sich von dem frühern nur in der Art der Veräußerung und deren rechtlichen Folgen, an die Stelle des Gesamtverkaufs und der Gesamtnachfolge tritt Einzelverkauf und Singularsuccession. Die Grundsätze der Execution bis zum Verkauf sind die nämlichen geblieben, im Allgemeinen also auch für die *actio leg. 1*.

b. Die *actio leg. 10* § 1 sqq. D. h. t. 42, 8 und das *interdictum leg. 10 pr. eod.*

„Ait praetor. Quae Licius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de ea re agitur fecit: ea illis, si eo nomine quo de agitur *actio ei* ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est cum de ea re qua de agitur experiundi potestas est, restituas; interdum causa cognita et si scientia non sit in factum actionem permittam“ l. 10 pr. D. h. t.

„Ita demum revocatur quod fraudandorum creditorum causa factum est si eventum fraus habuit scilicet si hi creditores quorum fraudandorum causa fecit bona ipsius vendiderunt.“ l. 10 § 1 eod.

Die Compileren, welche anscheinend Vereinfachung beabsichtigen, haben hier bei einer Kürzung an unrechter Stelle eine ziemliche Verwirrung angerichtet: Das Edict verspricht ein *interdictum* gegen den *sciens* und eine *in factum actio* gegen den *nesciens*, die Interpretation führt das Interdict erkennbar

tung *Cicero's* als richtig angenommen, an folgenden Fall: Die Gläubiger, welche alle Sachen des Schuldners in Besitz haben, verlieren zufällig den Besitz einer Sache; sie säumen einige Zeit und als sie die Sache zur Masse zurückziehen wollen, hat der Schuldner *fraus causa* ein Pfandrecht bestellt. Die Gläubiger könnten zunächst diese zum Vermögen des Schuldners also noch gehörige Sache nicht in Besitz nehmen, weil sie verpfändet ist (l. 1 § 4 D. ne vis 43, 4) aber auch die Verpfändung nicht angreifen, weil das Pfandrecht zu einer Zeit bestellt worden, als die Gläubiger eine Sache, die sie in Besitz nehmen konnten, nicht in Besitz genommen hatten! Aber auch alle andern fraudulosen Handlungen wären aus demselben Grunde zu der Zeit ungestraft geschehen! Dann wäre die *actio leg. 1* nicht nur, sondern das ganze Executionsverfahren ein Unding: immer und überall die Einrede „ihr besitzet nicht Alles, ihr dürft noch nicht verkaufen, der Verkauf ist nichtig, ihr habt diese und jene Sache nicht in Besitz gehabt“ u. s. w.

nicht an, behandelt dagegen ausführlich eine in factum actio gegen den sciens, gegen den nesciens, gegen den Fraudator selbst — l. 19 § 2 — l. 17 § 1 — l. 25 § 7. Es finden sich also in dem Titel 42, 8 drei fraudatorische Actionen, die vorstehend behandelte actio leg. 1, die actio leg. 10 § 1 sqq. und das Interdictum leg. 10 pr., welches von Papinian in l. 96 D. de sol. 46, 3 und von Valens in l. 69 (67) § 1, 2 D. ad SC^{um} Treb. 36, 1 fraudatorium genannt wird.

Ueber diese drei Actionen stellt *Huschke* Folgendes¹⁾ auf: Gemeinsam setzten sie die Einweisung der Gläubiger voraus und fänden gleichmässig auf vor oder nach der Einweisung geschehene Fraus Anwendung. Die actio leg. 1. „Pauliana actio“ sei eine rescissorische und universale in rem actio wegen frauduloser „gesta“ d. s. Rechtsgeschäfte wider den, welcher aus dem von ihm geschlossenen rechtswidrigen Geschäft corpus oder jus besitze (unter dieser Bedingung auch gegen den Fraudator selbst) auf Herausgabe des Besessenen nebst allen Früchten und Accessionen von der Zeit des erlangten Besitzes ab; als utilis finde sie auch ohne Mitwissenschaft des andern Theils statt, nämlich bei Schenkungen und ähnlichen Rechtsgeschäften; sie könne innerhalb eines Jahres von dem geschlossenen Geschäft an, auch nach dem Güterverkauf angestellt werden; der Beklagte erhalte seine Gegenleistung zurück, soweit sie noch in dem Vermögen des Schuldners vorhanden. Das persönliche Interdict gleichfalls innerhalb eines Jahres aber nur bis zu dem Güterverkauf zulässig gehe — weiter wie die universale Klage — gegen „facta“ d. h. fraudulose Handlungen jedweder Art, jedoch ausschliesslich wider den, quo sciente fraudator fecit, ohne Rücksicht auf den Besitz, nicht aber gegen den Fraudator selbst; es bezwecke schleunige Zurückziehung der veräusserten Sachen zum Concursvermögen, hinsichtlich der Prästationen stimme es mit der universalen Klage überein. Zur Ergänzung des Interdicts diene die persönliche in factum actio, die innerhalb eines Jahres nach dem Güterverkauf wegen derselben facta aber causa cognita in billigen Fällen theils auch gegen dritte nicht mitwissende Contrahenten auf Herausgabe der Bereicherung, theils gegen den

¹⁾ Zusammenfassend S. 116 fg.

Fraudator selbst, endlich auch gegen den Erben und andere Universalsuccessoren, sowie post annum auch gegen die ursprünglich zu Belangenden selbst, wegen des an sie Gelangten gegeben werde. Der Beklagte erhalte niemals seine Gegenleistung zurück, habe aber auch hinsichtlich der vor der Klageanstellung gezogenen Früchte bloß die mit der Sache selbst veräusserten zu leisten.

Sehen wir einstweilen von dem Interdict ab, so muss *Huschke* darin beigestimmt werden: die, in f. actio ist nur nach dem Güterverkauf zulässig: revocatur, si fraus eventum habuit sc. si hi creditores . . . bona ipsius (fraudatoris) vendiderunt. l. 10 § 1.

Anders die Einheitstheorie, vgl. namentlich die ausführliche Erörterung *Reinhart's* S. 55—63. *Reinhart* macht zunächst und „vor Allem darauf aufmerksam, dass es heist *hi cred. quorum* . . . und nicht einfach *creditorum quorum* wie der gewöhnliche Sprachgebrauch es erforderte, und dass die Beisetzung des *hi* das Zeichen des Nachdrucks sei, d. h. hier wie immer mit „die nämlichen“ zu übersetzen.“ Dagegen ist nichts zu sagen, zur Sache erscheint es weiter nicht erheblich. Demnach erklärt *Reinhart* es für „durchaus unberechtigt, namentlich mit Rücksicht auf das nachdrückliche *hi*, auf das *Perfectum vendiderunt* ein so grosses Gewicht zu legen. Ulpian spreche in der Stelle immer von dem gewöhnlichen Falle, demjenigen nämlich, wo erst nach dem Vermögensverkauf geklagt werde.“ Wenn *Reinhart* auf das Wort *hi* einen so besondern Nachdruck gelegt haben will, welchen Einfluss hat das auf das *Perfectum vendiderunt*? Darf man deshalb auf *vendiderunt* keinen Nachdruck legen, warum nicht denselben Nachdruck wie auf *hi*? Einigen Nachdruck legt *Reinhart* ja selbst auf das *Perfectum*, wenn er behauptet, Ulpian spreche von dem *gewöhnlichen* Fall. Einen andern Weg der Widerlegung findet *Reinhart* in „einer sehr nahe liegenden Vermuthung, dahin gehend, dass statt *vendiderunt* zu lesen wäre *vendiderint*. Da nämlich das fut. exactum sehr häufig die Bedeutung des deutschen Präsens habe, so wäre es auch hier durchaus nicht unberechtigt, *vendiderint* mit dem Präsens zu übersetzen, und die Stelle würde dann nichts Anderes sagen, als dass nur in dem Falle revocirt werde, wenn die betrügliche

Absicht erreicht sei, d. h. wenn die nämlichen Creditoren, welche betrogen worden sind, die Güter des Schuldners zum Verkaufe bringen.“ *Reinhart* bezeichnet diesen Weg als einen bequemen und er scheint in der That recht bequem zu sein, er ist nur kein Weg der Widerlegung. Oder sollen wir etwa den Basiliken, welche nun wirklich das Präsens haben und welche von *Reinhart* angerufen werden, den Vorrang einräumen vor den Digesten und dem Codex Justinians, deren Interpretation doch unternommen wird? Digesten und Codex kennen nur eine in f. actio nach dem Güterverkauf. Dies zeigen ausser l. 10 § 1 die folgenden Stellen, welche sämtlich wie l. 10 § 1 „si vendiderunt“ als für die in f. actio erforderlich erklären und von denen die beiden ersten eine besondere Erörterung über das si ipsius bona vendiderunt der l. 10 § 1 enthalten:

L. 10 § 9. „Wenn der Fraudator einen Erben hatte und des Erben Güter sind verkauft worden, so ist eine Fraus an den Gütern, um welche es sich handelt, nicht geschehen und diese Actio ruht.“

Fraus ist geschehen und Güter sind verkauft worden, aber die sonst bei diesen Voraussetzungen begründete in f. actio ruht (cessat): non ipsius, non fraudatoris, bona venierunt.

L. 10 § 10. Wenn der Sohn, welcher sich enthalten konnte etwas zur Verkürzung der Gläubiger gethan hat und wieder eingesetzt worden ist, weil er sich eingemischt hatte oder welcher freiwillige Erbe es that, wenn er auch wegen Jugend oder aus anderm rechtfertigenden Grund Wiedereinsetzung erlangte, so ist zu sagen, dass (wegen der Fraus der Restituirten) utilis actio zukomme; dasselbe auch bei einem Slaven und nothwendigem Erben. Freilich ist dies nur mit der folgenden Unterscheidung, welche Labeo macht, zuzulassen: wenn nämlich die Gläubiger sofort verkauft haben oder der necessarius sich einmischte als die Gläubiger abwesend waren oder erst, nachdem sie auf ihre Forderungen Nachlass bewilligt hatten¹⁾, so wird beider Fraus zurückgerufen, d. h. die des Testator und die seiner selbst; wenn die Gläubiger dagegen den necessarius sich gefallen liessen und gleichsam in ihr Forderungsrecht seinen Namen

¹⁾ L. 7 § 18 D. 2, 14.

setzten oder der schönen Zinsen halber oder aus anderm Grund seinem Namen folgten,¹⁾ so ist von dem nichts zurückzurufen was der Testator veräusserte.“

Gegen die Fraus des restituirten Erben und gegen die des Testator bei der Beerbung durch einen necessarius wird utilis actio gegeben. Warum utilis? Weil es ja nicht *ihre* Güter sind, welche zum Verkauf kommen. Der Verkauf ist unbedingtes Erforderniss, wie gerade die Unterscheidung Labeo's zeigt. Zur utilis gegen die Fraus des Testator genügt ja nicht überhaupt der Verkauf der Güter des necessarius, sofortiger Verkauf ist erforderlich, gleichsam die Güter des Testator müssen verkauft worden sein.

L. 10 § 17. „Wenn Einem der Erhaltung der Freilassungen halber nach der Verordnung des Kaisers M. (J. 3, 11) die Güter zugesprochen sind, so ruht die Actio (welche bei der gewöhnlichen addictio bonorum an den Güterkäufer statthaben würde²⁾): Die Successionen aus dieser Verordnung sind nämlich so, dass bestehen bleibt, was ein Bürger gethan hat.“

L. 10 § 17. „Diese in f. actio ist ein Jahr zulässig und dieses Jahr läuft von dem Güterverkauf ab.“

L. 1 C. h. „Nach Antritt der Erbschaft übertrug der Erbe einem Andern, mit welchem er hierüber einen Vertrag abgeschlossen hatte, Erbschaftssachen: Der Erbschaftsgläubiger, welchem der Erbe verpflichtet blieb, wird das fraudulos Veräusserte zurückrufen — bonis excussis, nachdem dem Erben die Güter abgenommen worden sind.“

L. 2. eod. Die Gläubiger können wegen der Dos nicht vorgehen, es sei denn, dass die Güter des Bestellers nicht genügen — die Insufficienz zeigt eben der Güterverkauf.

Endlich l. 5. C. „Ein *allbekannter* Rechtssatz ist dieser, dass gegen den Schuldner, welcher durch Richterspruch verurtheilt, innerhalb der gesetzlichen (freien) Zeit nicht genügt hat

¹⁾ L. 1 § 10, 11, 15 D. 42, 7. Bei Abschluss eines Pactum vor der Einmischung folgen die Gläubiger dem necessarius eben nicht, sie beschränken ihre Forderungen auf die vorhandene Erbschaft oder wollen wenigstens nichts mehr als die Erbschaft enthält.

²⁾ *Huschke* S. 97³.

noch auch vertheidigt wird, *nachdem die Güter in Besitz genommen ingleichen auch verkauft worden sind*: durch die in factum actio wider den Käufer, welcher wissend die Fraus bereitete und denjenigen, welcher aus wohlthätigem Titel besitzt — wider diesen unter Wegfall des Erfordernisses der Kenntniss von der Fraus — den Gläubigern gesorgt ist.

Die in f. actio ist also nur nach dem Güterverkauf begründet. Wie wir hierin *Huschke* folgen — und die Quellen lassen einer andern Auslegung nicht Raum — so wenig können wir die übrigen Aufstellungen *Huschke's* als zutreffend anerkennen. Zunächst wenn *Huschke* behauptet, die in f. actio sei nur eine Ergänzung des Interdicts, so erscheint in dem justinianischen Recht das gerade Gegentheil der Fall, indem die in f. actio allein oder wenigstens vorzugsweise in der Interpretation behandelt wird.

Näheres hierüber unten bei Behandlung des Interdicts — das Gebiet der Actio soll ein engeres, wie das der in f. actio sein, die Actio soll sich auf gesta, Rechtsgeschäfte beschränken.

Zur Bezeichnung hinsichtlich des von dem Schuldner Geschehenen wird bei der Actio allerdings der Ausdruck quae (fraud. c.) „gesta“ sunt gebraucht bei der in f. actio, l. 10 § 1, quod (fr. cred. c.) „factum“ est. Was unter quae gesta sunt zu verstehen, wird in l. 1 sqq. eingehend durch Beispiele klargelegt, durch Beispiele, welche sich jedoch keineswegs auf Rechtsgeschäfte beschränken, sondern Handlungen jeder und aller Art aufzählen, gesta und facta — wenn nämlich überhaupt „jener feine Unterschied, welcher an sich unter diesen beiden Worten sein möchte, für den gewöhnlichen und allgemeinen Sprachgebrauch vorhanden wäre.“¹⁾ Und weil kein Unterschied zwischen „gesta“ und „facta“ ist, findet sich über quod factum der l. 10 § 1 (und quae fecit, l. 10 pr.) keine weitere Erklärung, sie könnte eben Gesagtes nur wiederholen; stillschweigend wird auf die frühere umfassende, auf alle möglichen Fälle erstreckte Erörterung verwiesen: wie überall, so sind auch hier die beiden Worte gleichbedeutend

Die Actio leg. 1 soll dinglich — universal, die in f. actio

¹⁾ Gai, l. 58 pr. D. 50, 16.

persönlich und die Restitutionspflicht aus derselben eine beschränktere sein. Als Zweck der actio leg. 1 gibt deren Interpretation (l. § 1) an, „quo edicto consuluit (praetor) creditoribus revocando ea, quaecumque in fraudem,“ l. 10 § 1 beginnt mit demselben revocatur und so findet sich auch z. B. restituere gleichmässig in beiden Theilen des Titels. Was aber ist unter revocare, restituere zu verstehen? Bedeutet es für die actio leg. 1 etwas anderes als in l. 10 § 1? Dann muss in sqq. l. 1—9 eine Erklärung darüber vorhanden sein: es ist keine vorhanden und *Huschke* stützt sich bei der behaupteten Wirkung seiner universalen Klage nicht auf die Digesten als vielmehr auf den einen Institutionenparagraph 6, 4, 6 und die Paraphrase des Theophilus. Ist nun in l. 1—9 eine Erklärung des revocare, restituere nicht enthalten, so fehlt sie darum in dem Titel nicht überhaupt, in l. 10 § 19 sqq. ist sie gegeben — eine Erklärung, welche sich demnach auf den ganzen Titel beziehen muss.¹⁾ Die Wirkungen der beiden Actionen sind also dieselben, sie müssen entweder beide dinglich oder beide persönlich sein.

Und sie sind beide persönlich, auch der Name Pauliana kommt nicht der einen oder der andern zu, er ist der gemeinsame.

L. 38 pr. § 4 D. de us. 22, 1 Videamus generali quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant . . . In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur²⁾ fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum, nam et verbum „restituas“ quod in hac re praetor dixit plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.

Wie deutlich diese Stelle zu sprechen scheint, *Huschke* versteht unter dem allgemeinen in actione Pauliana, per quam quae in fr. cred. alienata sunt, revocantur, weder etwas Allgemeines

¹⁾ L. 10 zerfällt in zwei Abschnitte, der erste schliesst mit (§ 18) Annus huius in factum actionis, der zweite beginnt mit „per hanc actionem“ (§ 19.)

²⁾ Vgl. die Ueberschrift des Dig. Titels 42, 8: quae in fr. cred. facta sunt, ut restituantur, des Cod., 7, 75 „de revocandis his, quae in fr. cred. alienata sunt.“

noch auch ein persönliches Rechtsmittel, sondern die von ihm behauptete dinglich-universale Klage aus l. 1—9 D. h. t., welcher er den Namen Pauliana eben allein zutheilt, s. S. 51: „(Paulus) nennt die Pauliana actio (d. h. die angebliche dinglich-universale Klage) nicht selbstständig, sondern zunächst die Fabiana, die allerdings eine persönliche in f. actio ist und schliesst an diese nur die Pauliana wegen ihres sehr verwandten Inhalts, um sofort auch von dem Interd. fraudator. zu sprechen, welches wie alle Interdicte gleichfalls zu den persönlichen Klagen gehört, und mit der actio Pauliana ziemlich zusammenfällt. Offenbar kommt es ihm gar nicht darauf an, die formelle Natur der Pauliana zu bestimmen, sondern nur zu bemerken, dass auch in den wegen in fraudem facta eingeführten, auf ein Rückgeben gehenden Klagen, welche im Ganzen persönlich sind, die Früchte prästirt werden müssen, wobei er die Pauliana nur einschiebt, damit man nicht glaube, sie weiche in dieser Beziehung von dem interdictum fraudatorium ab.“

L. 38 § 4 spricht, wie auch *Huschke* annimmt, bis alienatum esset von der actio Pauliana, das folgende enthält eine Kritik, bei welcher das interdictum fraud. hervorgehoben wird. Versteht man nun, wie *Huschke* will, unter Pauliana actio nur die actio leg. 1 D. h. t., so wäre in dieser Stelle die in f. actio übergegangen, während dieselbe doch sonst im Vergleich zu dem Interdict vorwiegend in den Quellen behandelt wird.

Bei der Actio und in f. actio war in dem Edict angegeben, welche ihre Wirkungen sind, das Interdict enthielt nur das einfache „ea restituas.“ Paulus sagt dem entsprechend: Bei der Pauliana werden überhaupt auch die Früchte restituirt, und das ist nicht uneben: restituas nämlich, welches der Prätor hier — *in hac re* — braucht, heisst nicht nur Rückgabe der Hauptsache, welche einer erhalten hat, das Wort hat vielmehr volle Bedeutung, so dass auch die Früchte restituirt werden. — Die Worte *in hac re* beziehen sich auf das vorhergehende in actione Pauliana per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur und es folgt daraus, dass das Interdict nichts von actio Pauliana Verschiedenes ist, sondern dass actio Pauliana auch das Interdict mitbegreift und bedeutet die Paulianische Klage — die ursprüngliche — mit Zubehör oder die Paulianische Rechts-

bildung wie *actio leg. Aquiliae* die Aquilianische Klage mit Zubehör oder die Aquilianische Rechtsbildung.

Da Paulus seinem Programm gemäss, l. 38 pr. cit. nur von persönlichen Klagen sprechen will und in seiner speziellen Aufzählung die *Pauliana* mit der unbestritten und unbestreitbar persönlichen *Fabiana* zusammenstellt, so ist auch nicht der Schein eines Grundes vorhanden für die Behauptung, dass die *Pauliana* nun doch eine dingliche Klage sei — mag sich auch in l. 7 D. h. t., einer Stelle gleichfalls von Paulus das Wort *petere* finden. Gewiss wird *petere* bei dinglichen Klagen gebraucht, aber es bezeichnet nicht nothwendig die Dinglichkeit, wie *Huschke* (S. 51) annehmen will, *petere* wird ganz gewöhnlich bei persönlichen Klagen gebraucht wie gerade bei der *Fabiana*, l. 4 § 1 D. 38, 5, und ferner z. B. bei der *condictio certi* u. s. w. (l. 1 pr. D. de cond. trit. 13, 3 „*Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur „si certum petetur.*“) —

Die *Actio* und in f. *actio* unterstehen Einem Digestentitel, haben die gemeinsame Voraussetzung *quae gesta vel facta sunt*, haben gleiche Wirkungen, werden auch sonst zusammen und ungetrennt aufgeführt, beide als persönlicher Anspruch, unter Einem Namen, sind das nicht Zeichen der gleichen Art als es stärkere nicht gibt?

Aus der Zusammenstellung der beiden Actionen ergeben sich aber auch ihre Verschiedenheiten und der Zweck der in f. *actio*. Die Handlungen des Schuldners an dem nunmehr verkauften Vermögen liegen selbstredend vor dem Verkauf, welcher ja dem Schuldner dieses sein Vermögen entzieht. Die Zeit vor dem Verkauf zerfällt in zwei Abschnitte, die Zeit während der Execution und die Zeit vor der Execution. Beruht nun unsere Ansicht auf Richtigkeit, dass die *actio leg. 1.* während des Güterbesitzes gegeben ist wegen der während des Güterbesitzes geschehenen Fraus, so kann die in f. *actio*, welche bei fraudulösen Handlungen *derselben Art* statthat, welche dieselben Wirkungen wie die *Actio* zeigt, aber erst nach dem Güterverkauf zulässig ist, nicht sich beziehen auf fraudulose Handlungen *derselben Zeit* — dann wäre sie gewiss zwecklos — die in f. *actio* muss sich vielmehr beziehen auf die Zeit, welche nicht schon die *Actio* beherrscht, auf die Zeit, wo die *Actio* keine Statt hat, auf die Fraus vor dem Güterbesitz.

L. 10 § 1. „Ita demum revocatur, qu. fr. cr. c. f. est si fraus eventum habuit, scilicet si hi creditores quor. fr. c. fecit, bona ipsius vendiderunt,“ = die *Execution vollzogen* haben. Die Fraus liegt vor dem si vendiderunt, also, wenn dies die angegebene Bedeutung hat, vor der Execution.

In dem Prozessrecht allerdings bezeichnet bona vendere, venire etc., wie *Huschke* es auch hier auffasst nur den letzten Theil der Gesamtexecution, den Verkauf als solchen in dem gewöhnlichen Sprachgebrauch hat es jenen umfassenden Sinn: Zweck und Ziel des Verfahrens bezeichnet das Verfahren überhaupt. So findet sich der Ausdruck bei Gaius in Einem Satz in der einen und der andern Bedeutung, je nachdem es um Allgemeines sich handelt oder um das Besondere im Prozessrecht s. Gai. III, 78; von III, 77 ab handelt Gaius de ea successione quae ex emptione bonor. competit; § 78: Veranlassungen der General-execution bona autem veneunt aut vivor. aut mort. § 79 Darstellung des Verfahrens: „si quidem vivi bona veneant — kommt es zur Execution der Güter eines Lebenden — jubet ea praetor . . . possideri et proscribi; postea jubet . . . magistrum creari . . . per quem bona veneant — durch welchen die in Besitz genommenen und ausgestellten Güter zum Verkauf, das Verfahren zum Abschluss gebracht wird — itaque si vivi bona veneant (Execution überhaupt) in diebus X legem bon. vendendorum fieri jubet (Verkauf als solcher) . . .

Gleicher Weise werden jene Ausdrücke auch in dem Corpus juris gebraucht: in dem Prozessrecht der engere Sinn, in dem gewöhnlichen Civilrecht, wo es auf die Details der Execution nicht ankommt, der umfassende.¹⁾

Wäre unter si bona vendiderunt der l. 10 § 1 nur der Verkauf als solcher zu verstehen und demnach eine Fraus in Frage, welche irgendwann vor diesem Zeitpunkt also auch während der Execution geschah — was soll denn si hi creditores, quor. fr. ei fecit, bona vendiderunt? Andere Gläubiger als die

¹⁾ Stellen braucht man hierfür weiter nicht zu citiren, man müsste denn das ganze Corpus juris citiren; versteht doch auch der heutige jur. Sprachgebrauch unter bon. venditio nichts Anderes als das ganze Verfahren, welches durch den Güterverkauf sein Ende findet. Gleich verhält es sich mit dem Wort „Concurs.“

während der Execution fraudirten, können ja nicht verkaufen — wohl aber können andere die Execution vollziehen als die fraudirten Gläubiger, s. l. 10 § 1 in fine, l. 15, 16. Was soll si *ipsius* bona vendiderunt? Andere Güter als die Güter des während der Execution Fraudirenden können ja nicht verkauft werden — wenn man des Titius Güter in Besitz genommen hat, kann man auch nur des Titius Güter verkaufen; wohl aber können andere Güter zur Execution kommen als die Güter des Fraudator, nämlich die Güter des Rechtsnachfolgers und da hat *ipsius* Sinn, vgl. l. 10 § 9. „Si fraudator heredem habuit et heredis bona venierint, non est in bonis quibus de agitur factum.“ In dieser Stelle lässt sich bona venierint einzig auffassen als Execution und die in Frage kommende Fraus ist sicher nur die Fraus vor der Execution, liegt doch die Fraus vor der Vererbung.

L. 10 § 10 in f.: Bei Befürchtung der Insolvenz setzte der Erblasser, um die Ehre seines Namens zu retten, einen Sklaven zum Erben ein, ut potius eius heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus *possideantur vel distrahantur vel inter eos dividantur* (§ 1 J. 2, 19 — jene Worte statt des einfachen *veniant* bei Gai. II, 154). Des Erben Güter kommen zur Execution: Die Fraus des Testator unterliegt der in f. actio, wenn sofort nach seinem Tod exequirt wird. Könnte man unter vendiderunt den Verkauf als solchen verstehen, so wäre protinus auf den Beginn der Execution zu beziehen; aber von welchem Gewicht soll das hinsichtlich der Fraus des Testator sein, ob die Execution gegen den Erben rasch oder langsam zu Ende geführt wird, gewisse Fristen sind ja immer zu beobachten. Darauf kommt es sicher nicht an, aber darauf kommt es an, ob die Execution gegen den, welcher rechtlich dieselbe durch die Erbeseinsetzung von seinem Namen abgewendet hatte, nicht thatsächlich wenigstens gerichtet ward. Der Gegensatz des protinus vendiderunt wie er in der Stelle enthalten ist, macht die Sache völlig unzweifelhaft: gaben die Gläubiger mit dem Erben sich zufrieden, folgten seinem Namen, so ist die spätere Execution auch thatsächlich Execution gegen den neuen Schuldner und die utilis hat nicht statt.

Die Fraus des Sklaven ist natürlich wie in allen Fällen vor dem vendiderunt geschehen, also wenn unsere Erklärung

richtig vor der Execution; die Fraus des Testator, um welche es bei der utilis sich handelt, liegt vor der Vererbung.

So auch der Anfang leg. 10 § 10, die Execution folgt erst auf die Wiedereinsetzung, vor der Wiedereinsetzung liegt die fraudulose Handlung des Erben an den Gütern des Erblassers, vgl. die Aufzählung in l. 24 „Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit — mox abstinuit hereditate paterna — bona patris veneunt — an revocandum?

L. 10 § 11: Si impubes patri heres extitit eiusque (impuberis) mortui bona veneant, separatione impetrata utriusque fraus erit revocanda pupilli vel etiam tutoris itemque patris;¹⁾ die Gütertrennung kann nur geschehen, wenn Güter noch vorhanden sind, also nur vor dem Verkauf als solchem, daher si veneant gleich Execution. Die Handlungen beider Fraudatoren sind vor der Execution geschehen, da selbst die Execution erst nach dem Tod des impubes heres stattfindet.

L. 10 § 17: Zuspruch der Güter aus der Verordnung von Marcus statt der Execution gegen den Verstorbenen: rata sunt quae pater familias gesserat. (s. § 2 J. 3, 11: Hoc rescripto subventum est et libertatibus et defunctis, ne bona eorum possideantur et veneant.)

L. 24 in f: quid . . . si cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam an actione revocari possit a me . . . *sed vigilavi . . . ideoque non revocatur.* Zahlung bei drohender Execution, die Zahlung bei bevorstehendem Verkauf, während der Execution untersteht ja der Pauliana, der actio leg. 1., s. l. 6 § 7 cit. (qui vero post bona possessa debitum suum recepit, in portionem vocandum, neque enim debuit praeripere.)

L. 1 C. Die Fraus des Erben unterliegt den usitatae actiones²⁾ — bonis excussis; die usitatae actiones erstrecken sich nur auf die Fraus vor der Execution, vor der Wegnahme der Güter, sonst könnte nicht verlangt werden, dass die Execution noch erst vollzogen werden soll.

L. 1. C. Der Vater hat seiner Tochter eine Dos bestellt,

¹⁾ Itemque patris, so Mommsen statt des sinnlosen item curatoris.

²⁾ In f. actio und Interdict.

jene, seine Erbin entsagt; wenn die Güter des Verstorbenen, welche nunmehr als erblose zum Verkauf kommen, den Gläubigern Befriedigung nicht verleihen, so ist die Tochter den Gläubigern wegen der in fraudem bestellten Dos verhaftet. Die Fraus liegt sicher vor der Execution (bonis non sufficientibus) liegt sie doch vor der Vererbung.

Endlich l. 5 C. Welcher Käufer an der Fraus des Schuldners sich betheiligte und wer Geschenke erhielt ist der in f. actio verhaftet, aber diese ist erst statthaft bonis possessis itemque distractis. Die in f. actio bezieht sich also nach „allbekanntem Rechtssatz“ nur auf die Fraus vor dem Güterbesitz, sonst könnte nicht verlangt werden, dass die Güter noch erst in Besitz genommen werden sollen.

Auf Grund dieser Stellen halten wir die Erklärung des si bona vendiderunt als Execution für gerechtfertigt und den Zweck der in f. actio für erwiesen. — Die Execution beginnt, wie l. 5 C. hervorhebt, mit dem Güterbesitz, Handlungen nach der Einweisung unterliegen folglich unbedingt der in f. actio, die missio ist eben nur die Erlaubniss zur Execution. Ein ausdrückliches Zeugniss hierfür gibt noch l. 10 § 16 D. h. t. „Wenn ich meinen Schuldner, welcher auch Andern noch verpflichtet ist, als er mit Geld und Gut auf die Flucht sich begeben hatte, abfasse und ihm abbringe, was er mir schuldet, so ist nach Julians Ausspruch zu unterscheiden, ob dies geschah bevor die Gläubiger in seine Güter gewiesen waren oder nachher: wenn vorher, so ruht die in f. actio, wenn nachher, so hat sie statt.“

Vergleicht man mit dieser Stelle die l. 6 § 7, nach welcher nur die Zahlung während des *Güterbesitzes* zurückgerufen wird, so muss die actio der l. 10 § 10, welche der l. 6 § 7 entgegen die Erfüllung nach der *Einweisung* für widerrufbar erklärt, eine andere, ihre Gränze aber nothwendig der Güterbesitz sein.

Demnach erscheint die Einweisung, welcher im Allgemeinen und auch von *Huschke* eine so grosse Wichtigkeit bei den fraudatorischen Klagen beigelegt wird, auch für die in f. actio mit der einen Ausnahme der Erfüllung durchaus ohne Bedeutung: die in f. actio erstreckt sich auf die ganze Zeit vor

dem Güterbesitz und es ist gar nicht zu untersuchen, ob eine Handlung vor oder nach der Einweisung geschah, wie denn ausser in l. 10 § 16 weder in dem Digesten- noch in dem Codextitel oder sonst einer Stelle über diese Materie die Einweisung irgendwie Erwähnung gefunden hat. Nur die Erfüllung macht eine Ausnahme: die Erfüllung vor der Einweisung ist eben nicht fraudulos.

Das si vendiderunt der l. 10 § 1 ist nach dem Ausgeführten nicht eine bloß formelle Voraussetzung, sondern materielle: die in f. actio hat nur Statt, wenn die Execution den Gläubigern Befriedigung nicht bringt (l. 2 C. cit.) Die Execution wurde vorgenommen, um Befriedigung zu erlangen; gab die Execution Befriedigung, so haben die Gläubiger, was sie verlangten und verlangen durften, ihre Forderungsrechte sind erledigt; wer nicht verkürzt ist, kann sich über Verkürzung nicht beklagen. —

Was nun das Interdict angeht, so fällt es mit der in f. actio materiel zusammen, wie diese beiden Rechtsmittel ja auch in dem Edict und bei den römischen Juristen zusammen behandelt werden und sich auch sonst nicht selten übereinstimmende Interdicte und in f. actiones finden.¹⁾

Wie bemerkt behauptet *Huschke*, das Interdict sei bereits nach der Einweisung aber nur bis zu dem Verkauf zulässig und er stützt sich namentlich auf l. 69 § 1, 2 D. ad SC^{um} Treb. 36, 1, deren § 2 lautet: „Sed et filius suus heres patri rogatus sit a patre hereditatem mihi restituere, cum suorum creditorum fraudandorum consilium inisset, tamquam suspectam ex decreto praetoris restituerit mihi, vix fraudatorio interdicto locus erit, quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint: nisi forte proprii creditores filii audiri debeant, si postulent, ut dimissis patris eius bona vendere sibi permittatur.“

In § 1 wird der Fall behandelt, da ein Fremder eine Erbschaft auf das Verlangen des Universal-Fideicommissars hin angetreten und herausgegeben hat: er that dies ohne Gefahr vor dem Interdict. Denn — so begründet Valens — sieht man von dem Fideicommiss ab, so stand es ja dem zum Erben Eingesetzten frei,

¹⁾ s. *Schmidt*, Interd. S. 306 f.

die Erbschaft nicht zu erwerben und die Gläubiger auf gleiche Art um diesen Vortheil zu bringen; dasselbe gilt für den Fideicommissar; durch Annahme der Erbschaft fügt er Niemand Unrecht zu, da der Erwerb nur auf seine Veranlassung stattfand, während die Gläubiger den Erben nicht zum Antritt gezwungen haben und nicht zum Antritt zwingen konnten.

Wie aber, § 2, wenn der Sohn, welchem als Erben des Vaters seines Gewalthabers von diesem auferlegt ward, die Erbschaft herauszugeben, wenn der Sohn in frauduloser Absicht von der Erbschaft, die er für überschuldet erklärt, sich fernhält und von dem Prätor gezwungen wird, in die Erbschaft sich einzumischen und dieselbe herauszugeben?¹⁾

*Huschke*²⁾ scheint die Fraus darin zu finden, dass der Erbe überhaupt restituire. Darin liegt jedoch die Fraus keinesfalls, denn derselbe Wille, welcher den Sohn zum Erben einsetzte, gab dem Dritten zugleich das Recht auf das Fideicommiss; es kann sich wohl nur darum handeln, dass der Erbe ganz restituirt, wo er hätte zurückbehalten dürfen, dass er also wo ihm aufgegeben war, einen Theil herauszugeben, alles restituirt, dass er die Quart nicht zurückbehält oder was dasselbe ist, dass er einen Befehl des Prätors hervorruft, in Folge dessen er alle Vortheile der Erbschaft und die Erbschaft selbst ganz verliert.

Valens, welcher zuerst nur von den eigenen Gläubigern des Sohnes spricht, *sui creditores* berücksichtigt im Folgenden auch dessen Gläubiger aus der Erbschaft — *creditores eius ex ea hereditate*.³⁾ Er entscheidet, dass diesen das Edict unter keinen Umständen zustehe und dies aus folgenden Gründen, indem wohl der Gedankengang des § 1 anzuwenden. Bei Nichtauflage des Fideicommisses war Niemand berechtigt, den Erben zur Einmischung in die Erbschaft zu zwingen und es stand dem Erben frei, kraft des *beneficium abstinendi* zu entsagen. Hätten

¹⁾ s. l. 6 § 2 D. ad SC^{um} Treb. 36, 1.

²⁾ S. 84, 85, 87.

³⁾ Der Ausdruck *creditores hereditarii* in dieser Bedeutung ist ganz gewöhnlich und trotz der Restitution oder Abstinenz der Sachlage entsprechend, da nach Civilrecht der Erbe verpflichtet blieb. S. Gai. 2, 251 (§ 3 J. 3, 23) l. 57 D. 29, 2, l. 1 § 6 D. 42. 7.

demnach die Erbschaftsgläubiger die Güter des Vaters als erblose¹⁾ verkauft, so konnten sie bei Insolvenz des väterlichen aus dem Vermögen des Sohnes nichts erlangen — nihil proprium sc. filio proprium ferre potuerint. Nicht anders auch bei der Restitution. Dass und wie immer der Sohn sich der Erbschaft entäussert, niemals haben die Erbschaftsgläubiger sich zu beklagen. Der Erbe hatte ein Recht, die Erbschaft und bei der Auflage des Fideicommisses vielleicht einen Theil der Erbschaft zu behalten, seitens der Erbschaft steht ihm keiner gegenüber, der verlangen könnte, dass er nun auch diesen Theil behalte. Das Vermögen des Vaters ändert sich dadurch nicht, dass der Sohn auf dasselbe verzichtet. Erstes Erforderniss jedes fraudatorischen Anspruchs ist das Vorhandensein eines Schuldners. Gegen den entsagenden Sohn jedoch, welcher alle Rechte aus der Erbschaft aufgibt, sind deren Verbindlichkeiten nicht mehr geltend zu machen. Wie möchte derjenige von dem Erben in seiner Befriedigung verkürzt werden, welcher dem Erben gegenüber kein Recht auf Befriedigung hat?

Anders bei den eigentlichen Gläubigern des Sohnes proprii²⁾ creditores filii, indem die Erbschaft, die dem Gewaltunterworfenen von selbst erworben, in seinem Vermögen enthalten, also die Aufgabe der Erbschaft Ausscheiden einer Sache aus dem Vermögen ist. Valens drückt sich zweifelnd aus: kaum wird das Interdict statthaben . . . wenn nicht etwa die eigentlichen Gläubiger des Sohnes gehört werden müssen, nämlich zu dem Interdict zugelassen zu werden, wenn sie fordern, dass es ihnen gestattet werde nach Aufgabe der väterlichen des Sohnes Güter zu verkaufen.³⁾

Huschke's Auffassung der Stelle geht dahin, dass über-

1) Gai. III, 79, l. 28 D. 42, 5: „filius paterna hereditate se abstinuit ideoque bona patris venierunt.“

2) Gegenüberstellung von creditores hereditarii und cred. proprii s. auch z. B. in l. 5 D. 42, 7

3) Anders übersetzt *Huschke* (S. 85) „die Gläubiger (werden) zu dem Interdict auf Rückgabe der Erbschaft an sie (zugelassen); wenn sie dieselbe in einer Weise verlangen, welche ihrer Ueberzeugung verkürzt zu sein und dem dadurch erlangten Rechte, ohne Jemanden namentlich den Erbschaftsgläubigern denen der Fideicommissar schon verpflichtet war, zu nahe zu treten, Rechnung trägt d. h. wenn sie verlangen nur nach Abfindung der väterlichen Gläubiger das ganze

haupt nur von den eigentlichen Gläubigern des Sohnes die Rede sei. Ich wüsste nicht, wie dann das *proprii* am Ende der Stelle zu erklären sei: wenn überhaupt kein Zweifel, von welchen Gläubigern gesprochen wird, so würden dieselben, welche ganz genau bestimmt wären, verwirrender jedenfalls unnöthigerweise noch einmal mit besonderm Nachdruck bezeichnet, oder wenn Zweifel vorhanden, brächte erst das Ende der Ausführung den Zweifel zum Austrag. Was soll denn auch der Satz „*quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint*“ bei *Huschke's* Ansicht wohl zu übersetzen „da bei Abstinenz der Erben die Gläubiger nichts für sich aus jener Erbschaft hätten erlangen können.“ Meiner Ansicht nach interessirt die Gläubiger nur die Thatsache, dass der Schuldner sich der Erbschaft entäussert, ohne dass es auf die Art und Weise der Entäusserung ankommen könnte. Ist das Interdict bei der Restitution der Erbschaft zulässig, so möchte es, falls der Erbe abstinirt, nicht ausgeschlossen sein: der Erfolg ist in beiden Fällen der nämliche.

Auf Grund der Stelle behauptet *Huschke* ferner, wie erwähnt, das Interdict beziehe sich nur auf die zwischen *missio* und *venditio* liegende Zeit. Und es zeigen die Worte *nisi forte proprii creditores filii audiri debeant si postulent ut dimissio patris eius bona vendere sibi permittatur*, dass jedenfalls die Einleitung der Generalexekution erfordert wird; nicht weniger wird auch die Durchführung erfordert: das Interdict ist nur zulässig nach dem Güterverkauf, also das *si postulent ut vendere sibi permittatur* wie bei der *in f. actio* mit Execution zu übersetzen. Darauf deutet doch wohl der Satz *quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint*: Die Erbschaftsgläubiger haben sich vorerst an das Vermögen des Vaters zu halten, sie verkaufen (*exequiren*), es reicht nicht hin — sollen damit nicht die Voraussetzungen genannt sein, Vermögensverkauf, Insolvenz, welche die unbedingte Grundlage des Interdicts für alle Fälle bilden?¹⁾

Vermögen ihres Schuldners zum Verkauf bringen zu dürfen“ Der Fideicommissar wird also nur verpflichtet! Bezüglich dessen, was ihm zukommt, ist er doch mehr als ein Gläubiger des Sohnes sein mag, er ist gleich einem Erben des Vaters.

¹⁾ Wenn übrigens anzunehmen, dass die Stelle bestimmt die Zulässigkeit des

Unsere Ansicht, dass sich das Interdict von der in f. actio der Interpretation nicht unterscheidet, stützt sich auf die Formel des Interdicts selbst, wie sie in l. 10 pr. D. h. t. enthalten ist. Die Uebersetzung der Formel in der Hauptsache hat folgendermassen zu lauten: „Was L. T. [fraud. causa sciente te] an den Gütern, um welche¹⁾ es sich darüber handelt, gethan hat — darüber d. h. de fraudandi causa factis = de iis quae fraudationis causa gesta sunt der l. 1 pr. D. h. t. — das sollst du jenen zurückerstatten, wenn auf Grund des Thatbestandes, um welchen es sich handelt, die actio ihm [sc. cuius fraudandi causa fraudator fecit] aus meinem Edict zustehet — ihm [sc. stehet die actio zu], wenn es nicht mehr als ein Jahr ist, als darüber, worum es sich handelt (de fraudandi causa factis), die Möglichkeit ist, zu rechten.“

Entscheidend sind die Worte „si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet.“ *Schmidt*, Interdictenverfahren S. 309, spricht die bedingte Ansicht aus, ob sie nicht bedeuteten, das Interdict beschränke sich auf diejenigen betrogenen Gläubiger, welche klagbare Forderungen haben.

Interdicts behaupte, so würde sie, welche Erklärung auch sich als die richtige herausstellt — es handelt sich unbedingt um Unerlaubtheit der Restitution einer Erbschaft — sowohl den Principien der Pauliana widersprechen als den Principien des römischen Rechts überhaupt. Dem Princip der Pauliana, denn es heisst ausdrücklich in l. 19, 20, 6 § 2 § 4 D. h. t., dass der Nichterwerb einer irgendwie anerfallenen Erbschaft also auch die Aufgabe durch Abstinenz (denn sie steht dem Nichterwerb gleich, Dig. tit. 29, 2 de *acquirenda vel omittenda hereditate*, unter welchem Titel auch die Abstinenz behandelt wird) erlaubt, dass die Restitution vor der Zeit oder die Restitution der ganzen Erbschaft nicht als fraudulose Verkürzung der Gläubiger aufzufassen ist, sondern sich vielmehr als Erfüllung einer Pflicht der Ehrfurcht darstellt und als ein Zeugniss der Achtung vor dem Willen des Erblassers erscheint. Oder wäre das der Unterschied zwischen Interdict und in f. actio? Nein! Interdict und in f. actio setzen Fraus des Schuldners voraus, was aber hier als pietätvoll gilt, kann dort nicht fraudulos genannt werden. Sie widerspricht den Principien des römischen Rechts überhaupt, denn sonst gibt es keinen Unterschied mehr zwischen dem entsagenden suus heres und dem nicht erwerbenden extraneus. — Valens drückt einen Zweifel aus „nisi forte“ keineswegs etwas Positives, aber selbst mit seinem Zweifel steht er allein.

¹⁾ quibus hängt entweder von in (bonis) ab oder von dem nachfolgenden de, letzteres wahrscheinlicher wegen l. 10 § 9, zur Sache ist es unerheblich.

Gegen *Schmidt* wendet sich *Reinhart* in der folgenden Ausführung, welche übrigens bei dem Versuch der Widerlegung gar nicht genau die Ansicht *Schmidt's* beachtet. „*Schmidt* fasst den Ausdruck *ex edictio meo* ganz allgemein auf und versteht darunter alle möglichen Klagen, welche einem Creditor überhaupt wegen des streitigen Objects zustehen können, als wenn alle Klagen des römischen Rechts prätorische Klagen wären. Denn der Prätor sagt ja: *si eo nomine quo de agitur ex edicto meo actio competere esseve oportet*, verspricht also das *interdictum fraudatorum*, wenn man das Wort *actio* so allgemein als möglich auffassen will, doch nur in dem Fall, wo dem Gläubiger über die streitige Sache eine andere prätorische Klage zustehen würde. — Aber auch dies ist viel zu viel gegeben. Denn der Prätor verspricht ja das *interd. fraudat.* nur in dem Falle zu geben, wo dem Kläger eine Klage, „*ex edicto meo*“ schon zustände, das Edict anderer Prätores aber kann der Schöpfer des *interd. fraudat.* doch nicht *edictum meum* nennen.“ So *Reinhart* S. 65, 66.

Ich kann mir nicht denken, dass das einfache und nachgestellte *meum* einen Schluss auf den Schöpfer des Interdicts gestatten sollte, aber wie soll denn eigentlich der Prätor sein Edict bezeichnen? etwa als das Edict des Titius, weil dieser der erste Prätor war, welcher Sätze des Inhalts formulirte? Immer nur *edictum* oder gleichbedeutend *edictum meum*: als des frühern Prätors Amtsjahr abgelaufen, hatte dessen Edict seine Kraft verloren, hatte aufgehört, Edict zu sein und wenn auch der neue Prätor das alte Edict wörtlich wiederholt, so ist es doch nur immer sein Edict. Nach der Redaction des Edicts durch Julian ist m. E. um so weniger daran zu denken, aus dem unbedeutenden und zufälligen *meum* Consequenzen irgend welcher Art zu ziehen. *Schmidt* behauptet übrigens gar nicht, das Interdict stehe den Gläubigern zu, wenn sie eine andere fraudatorische Klage hätten, er meint vielmehr, es stehe nur den Gläubigern zu, welche überhaupt *actio* — Gegensatz: Naturalobligationen — haben. Diese Ansicht scheint mir an sich unhaltbar, weil sie dem Prätor etwas zu Selbstverständliches in den Mund legt. Dass Jemand überhaupt *actio* haben musste, um zu einer fraudatorischen *actio* berechtigt zu sein, dies aus-

zusprechen ist unnöthig und liegt auch schon in dem einfachen fraudandi causa,¹⁾ auf der andern Seite ist es aber auch zu wenig gesagt: darüber ist man einig, dass ein klagbarer Anspruch allein nicht genügt, alle verlangen den Versuch und die Unmöglichkeit, diesen Anspruch dem Schuldner gegenüber zu realisiren, also wenigstens fruchtlose Einzelexecution, und eine solche Voraussetzung anzugeben, erscheint doch erforderlicher, als nur zu sagen, was jeder weiss.

Nach *Huschke's* Auffassung, S. 94, bezeichnen die streitigen Worte gleich dem cui de ea re actionem dari oportebit der l. 1 pr. D. h. t. den Anspruchsberechtigten — actio in weitester Bedeutung zu nehmen gleich interdictum. Dagegen ist zu bemerken, dass die Fassung in l. 10 pr. eine conditionale ist, so dass zu übersetzen wäre: Du hast kraft des Interdictum herauszugeben, wenn er kraft des Interdictum verlangen darf — doch nichts Anderes als eine Tautologie, jedenfalls eine so unbestimmte Deutung auf einen so unbestimmten Berechtigten, dass man mit und ohne den Conditionalsatz nicht weiss, wem denn die actio zusteht. Die Berufung auf l. 1 pr. trifft übrigens deshalb nicht, weil dort zunächst eine bestimmte Person genannt ist, der Güterpfleger, welcher vermöge seines Characters zugleich einen bestimmten Schluss auf die Berechtigten zulässt.

Reinhart (s. S. 49) versteht unter „actio“ in l. 10 pr. die actio leg. 1: der Zusammenhang lässt dies nicht zu, gerade in dem Zusammenhang ist die richtige Auslegung zu finden. Nicht nur l. 10 pr. ist unselbständig, unselbständig ist auch l. 10 § 1. Wenn es in l. 10 pr. heisst: jene (illi) haben das Interdict, wenn ihm (ei, einer andern Person als illi, nämlich ei, cuius fraudandi causa fraudator fecit) die actio zusteht, so kann nur die Frage erfolgen und muss die Frage erfolgen: Wann steht denn dem Fraudirten die actio und entsprechend den Andern das Interdict zu? Antwort: Ita demum revocatur quod fraudandorum creditorum causa factum est, si fraus eventum habuit scilicet si hi creditores quorum fraudandorum causa fecit

¹⁾ L. 16 § 2 D. Qui et a quibus 40, 9 Ne quis fraudandorum creditorum causa servum manumittat hac lege cavetur: creditores autem appellantur, quibus quacumque ex causa actio cum fraudatore competat.

bona ipsius vendiderunt. (l. 10 § 1.) L. 10 pr. verlangt Ergänzung und l. 10 § 1 gibt Ergänzung, die beiden Stellen können überhaupt nicht getrennt werden. Nach *Huschke* soll zwar „actio“ in l. 10 pr. gleich „interdictum“ sein und l. 10 § 1 mit Neuem, mit der von dem Interdict sich unterscheidenden in f. actio beginnen (s. S. 80³) — l. 10 § 1 soll einen Gegensatz enthalten und schliesst sich schon den Worten nach der l. 10 pr. an, soll von Neuem reden und gibt nicht einmal den Namen des Neuen an, kommt doch in l. 10 § 1 die Bezeichnung in factum actio oder sonst eine Bezeichnung gar nicht vor. Wie kann man überhaupt l. 10 § 1 von dem pr. trennen, wenn l. 10 § 2 § 5 derart an die Interdictsformel sich anschliessen, dass sie deren Text, das „sciente“ l. 10 pr. auch sofort interpretiren. Wie kann man unter „actio“ in l. 10 pr. die actio leg. 1 verstehen, wenn eben dieses sciente in l. 1 gar nicht gebraucht ist. Die Interdictsformel verweist auf eine actio, die Interpretation erörtert eine actio, also kann auch diese nur die bezogene sein, wie ja überhaupt Interdict und in f. actio aus einem Buch Ulpians stammen, während die actio leg. 1 viel früher und allein behandelt ist.

Der Grund, dass in der wunderlichen Composition der l. 10 pr. der Ausdruck in factum actio nicht gebraucht ist, mag dieser sein. Wegen Gleichheit des Interdicts und der in f. actio haben die Compileren abkürzend die Formel der in f. actio weggelassen bis auf die Worte „interdum causa cognita et si scientia non sit in factum actionem permittam.“ Brauchte man nun in der Interdictsformel gleichfalls „in factum actio,“ so kam folgender Sinn heraus: „Bei Fraus des Schuldners und Wissenschaft des Contrahenten haben jene das Interdict, wenn ihm die in f. actio zusteht — ihm will ich die in f. actio erlauben zuweilen, aus besonderm Grund, auch wenn Mitwissenschaft nicht ist.“ Um diese Auslegung zu verhindern, haben die Compileren in der Interdictsformel „in factum“ weggelassen, bei der Formel gegen den nesciens waren die Worte nicht wohl zu entbehren.

Huschke behauptet (S. 87) eine Verschiedenheit zwischen Interdict und in f. actio, weil in der Interdictsformel gesagt ist in bonis quibus de ea re agitur, dagegen in der von der in f. actio handelnden l. 10 § 9 nur in bonis quibus de agitur. Allein

der Inhalt der letzteren Stelle scheint die Worte *de ea re* nicht zuzulassen. Die Güter desjenigen, welcher den Fraudator erbte, werden verkauft: die *actio* ist nicht entstanden, weil an den Gütern, um welche es sich handelt eine *Fraus* nicht vorgekommen ist. Enthielte die Stelle *de ea re*, so würde sie, wenn *de ea re* gleich *de eo quod fraudandi causa fecit*, einen Widerspruch in sich tragen, nämlich aussagen „an den Gütern ist keine *Fraus* vorgekommen, um welche es sich wegen der an ihnen vorgekommenen *Fraus* handelt.“ Es handelt sich um *Fraus*, aber um die *Fraus* an den Gütern des Fraudator, nicht um *Fraus* an den Gütern, um welche es sich handelt.

Nach l. 10 pr. steht das Interdict Andern zu, als wem die in f. *actio* gegeben werden muss. Die in f. *actio* hat derjenige, zu dessen Verkürzung eine Handlung vorgenommen wurde,¹⁾ zu dem Interdict berechtigt sind also die übrigen (bei der Execution nicht befriedigten) Gläubiger, d. h. diejenigen, gegen welche die Verkürzungsabsicht damals nicht gerichtet war. Das Interdict steht jedoch nach l. 69 § 1, 2 D. ad SC. Treb. und l. 96 D. de sol. auch denjenigen zu, quorum fraudandorum consilium initum erat; die Interdictsformel der Compilation hat also den Kreis der Klageberechtigten erweitert, oder vielmehr einer in der Praxis der Juristen bereits bestehenden Erweiterung die gesetzliche und ausdrückliche Sanction verliehen: Ulpian erklärt dieselben Gläubiger zu der in f. *actio* berechtigt. l. 10 § 6.

In dem spätern Verfahren sind die frühern Grundsätze für die Pauliana beibehalten worden, l. 5 C. h. t.: Die Gläubiger veräußerten die einzelnen Vermögensstücke des Schuldners als einzelne, nach Ausschüttung der Masse hat die in f. *actio* und Interdict statt.

Justinian hat in l. 10 pr. C. de bonis auct. 7, 52 für die Dauer des Güterbesitzes zwei- und vierjährige Fristen vorgeschrieben, welche vermöge ihrer Ausdehnung in f. *actio* und Interdict in bedenkliche Ferne rückten.

¹⁾ L. 10 pr. si eo nomine quo de agitur *actio* ei (cuius fraudandi causa fecit) ex edicto competere oportet.

c. Die exceptio leg. 25 D. de rebus auctoritate iudicis
possidendis seu vendundis 42, 5.

„Ait praetor: Quod postea contractum erit, quam is cuius bona venierint consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.“

Es soll also dem mitwissenden Contrahenten actio versagt sein, oder was dasselbe ist, dem Gegner exceptio gegeben werden.¹⁾ Es fragt sich, wer ist der Gegner?

Reinhart behauptet in dieser Beziehung Folgendes (S. 96): „Bei Gelegenheit der Eingehung von Obligationen sei gleich erwähnt, dass dem Kläger hier ausser der Pauliana actio noch ein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht. Wenn nämlich der Gemeinschuldner in fraudem creditorum eine obligatio eingegangen ist und der daraus Berechtigte nun seine Forderung gegenüber der Concursmasse geltend machen will, so können ihn die Beklagten d. h. der Curator oder die Gläubiger vermittelt einer exceptio durch den Richter mit seinem Anspruch abweisen lassen. Diese exceptio versprach der Prätor im Edict“ (l. 25 cit). Ich denke, dass derjenige, welcher einen andern auf Grund eines fraudulosen Rechtsgeschäfts verfolgen dürfte, wenn ein Anspruch eben aus diesem fraudulosen Rechtsgeschäft erhoben wird, seine zum Angriff — maius — taugliche Waffe auch zur Vertheidigung — minus — gebrauchen kann, selbstredend und unbedingt.²⁾ Allein hiervon ganz abgesehen, abgesehen auch davon, dass die exceptio, welche folgeweise als Ergänzung der Paulinia (actio leg. 1 D. 42, 8) anzusehen wäre, bei Ulpian und in dem Corpus juris vor der zu ergänzenden Paulinia aufgeführt ist, wie kann die exceptio während des Concurses, Güterbesitzes, geltend gemacht werden, wenn es ausdrücklich heisst, quod postea factum est quam is cuius bona venierint.“

Anders *Huschke* (S. 27): „Die Klage, welche nach diesem Edict nicht ertheilt . . . werden soll ist . . . wie auch schon die Voraussetzung cuius bona venierint zeigt, nicht die gegen den

¹⁾ L. 9 pr. „D. de iurei. 12, 2 . . . denegatur actio aut si controversia erit, id est si ambigitur an iusjurandum datum sit, exceptioni locus est“

²⁾ L. 156 § 1 de R. J. 50, 17. „Cui damus actiones eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.“

Schuldner selbst, sondern die gegen den *magister bonorum vendendorum* oder die *utilis actio* gegen den *bonorum emtor* auf die von diesem zur Befriedigung der Gläubiger gezahlten oder noch zu zahlenden Prozente, ausserdem auch die Klage, welche den Concursgläubigern gegen den Curator zustehen konnte. Der Prätor wollte nämlich solche (Gläubiger), welche . . . um den Betrug (ihres Schuldners) gewusst hatten, von den Vortheilen des Concurses ausschliessen. Die *missio in bona* selbst konnte er ihnen nun nicht wohl verweigern, weil diese gegen den Gemeinschuldner ging und dadurch erst eine Gemeinschaft und ein Rechtsverhältniss sämmtlicher Gläubiger gegen einander entstand, möglicherweise auch der betrügerische Gläubiger zuerst darauf antrug. Dagegen sollte ihm kein Rechtsmittel zustehen, welches aus der Concursgemeinschaft herrührte.“

Unsere Ansicht geht ebenfalls dahin, dass die *exceptio* dem Güterkäufer zusteht, aber nur diesem allein, nicht dem *magister bon. vend.*, ebensowenig dem Güterkäufer gegen diejenigen Gläubiger, welche an der Executionsprozedur sich betheiligt hatten, oder deren Forderungen auch nur in dem Inventar aufgenommen waren.

Welche Handhabe wäre eine solche *exceptio*, wie sie *Huschke* behauptet, bei einem böswilligen Erwerber der Güter des Schuldners, um auf jede Weise auch den redlichsten Gläubiger, welcher das ganze Executionsverfahren durchgemacht, hinzuhalten und zu schädigen? Welcher aber auch der Erfolg, wenn der eingewiesene Gläubiger, dessen Forderung nun wirklich eine fraudulose ist, die Prozente nicht ausgezahlt erhielt? Doch nicht der, dass die Nichtauszahlung den verkürzten Gläubigern zum Nutzen gereichte, nein, sie brächte dem einen unberechtigten Vortheil, welcher der Sache völlig fernsteht, welcher in Rücksicht auf die Forderung des fraudulosen Gläubigers sein Gebot bemessen hat, dem Güterkäufer. Zu den fraudulos verkürzten Gläubigern träte dann der fraudulose Gläubiger selbst als verkürzter Gläubiger hinzu, über allen, durch das Gesetz geschützt der verkürzende Güterkäufer!

Wie Curator oder *magister bon. vend.* die *exceptio* anwenden sollen, ist mir unerfindlich, wenn *Huschke* selbst aus l. 25 den Satz herleitet, dass die *exceptio* nur nach dem Güterverkauf

statthat. Dem Verlangen auf Theilnahme an der Execution kann nur *während* der Execution widersprochen werden, den Erlös aus der Execution zu verweigern ist weder der Curator in der Lage, noch der *magister bon. vend.*, sondern nur der, welcher ihn schuldet, der Güterkäufer. Da es übrigens feststeht, dass Jeder, wenn er nur Gläubiger ist, gegen den nicht belangbaren oder verurtheilten Schuldner Einweisung verlangen kann, so ist es ebenso unbestreitbar, dass dem Eingewiesenen demnächst das Recht des Güterbesitzes und des Verkaufs nicht zu versagen oder zu entziehen ist, denn Besitzergreifung und Verkauf sind nicht neue, besondere, Rechte, sondern Consequenzen der Einweisung, die Ausführung des prätorischen Befehls.

Eine Scheidung, wie wir sie bei der Paulianischen Klage fanden, besteht für die *exceptio* nicht: der Gläubiger hat zunächst mit dem Vermögen zu rechnen, welches er zur Execution bringt und erst wenn dieses nicht reicht, nach Ersatz sich umzusehen, den Güterverkäufer interessirt das Vermögen überhaupt nur, wie es vor seinem Erwerb war.

Ohne die *exceptio* wäre das Institut der *bonor. venditio* geradezu unhaltbar gewesen. Der Gesamtverkauf begründete für den Erwerber eine der Beerbung analoge Succession, Gai. III. 77 sq. Wenn demgemäss allgemein anerkannt ist, dass der Güterkäufer die Sache des Schuldners insgesamt für sich erlangte, so kann andererseits nur die Folgerung gezogen werden, dass der Güterkäufer auch alle Verpflichtungen der „Erbenschaft“ zu erfüllen hatte (unter Abzug der Quoten, welche auf sein Gebot von den Gläubigern nachgelassen waren), so dass also alle Gläubiger ein Recht auf gleichmässige Befriedigung hatten, nicht etwa nur diejenigen, von welchen das Vermögen zum Verkauf gebracht war. Die Behandlung des Schuldners wenigstens war dem entsprechend, ihm wurde das Vermögen genommen, um einem Andern übertragen zu werden d. h. die Vererbung der Activa befreite ihn zugleich von seinen Verpflichtungen. arg. l. 25 § 7 D. 42, 8 „*quia nulla actio in eum (fraudatorem) ex ante gesto post bonorum venditionem daretur.*“ Gai. III, 81. „*Item quae debita sunt ei cuius fuerant bona aut ipse debuit neque bonorum possessori neque bonorum emtori ipso jure debentur aut ipsi debent, et ideo de omnibus rebus*

utilibus actionibus et experiuntur et conveniuntur.“ Auf Grund dieser seiner Universalsuccession war der Güterkäufer der Gefahr grosser Benachtheiligung leicht ausgesetzt; es brauchte sich nur der Schuldner etwa schenkungsweise für so und so viel so und so oft mal zu verpflichten, die Schenkungsgläubiger lassen nichts von sich verlauten, bis der Güterkäufer erworben hat, und dieser musste sie alle befriedigen, wenn nicht die exceptio Abwehr gegeben hätte.

Damit ist allerdings für den Güterkäufer das Princip der unbedingten Universalsuccession durchbrochen, allein ich glaube, dass seine Stellung noch mehr erforderte, dass er nämlich unter den Actionsberechtigten der l. 1 D. 42, 8 („cui de ea re actionem dari oportebit“) enthalten ist und ihm diese actio nach dem Güterverkauf ipso jure zustehen musste. Wenn die fraudatorischen Rechtsmittel gegen Unrecht schützen wollen, so können sie eben nur den schützen, welchen das Unrecht trifft. Bei einem vor dem Güterbesitz bereits erledigten fraudulosen Rechtsgeschäft, oder wenn der Contrahent des Fraudator kraft seines vor dem Güterbesitz erlangten Forderungsrechts an der Execution Theil nimmt, sind die Gläubiger die Verletzten und zu Sichernden: die in f. actio und Interdict haben Statt. Dasselbe gilt bei Fraus während der Execution, die Gläubiger ziehen mittels der actio zur Masse zurück, was zur Verkürzung weggegeben ward und wehren dem Verlangenden die Theilnahme an der Execution. Hat jedoch ein irgendwie und irgendwann in fraudem creditorum Berechtigter die Execution, ohne Ansprüche geltend zu machen, vollenden lassen, so ist sein Forderungsrecht den Gläubigern gegenüber ohne Belang, die Fraus würde den Güterkäufer treffen: ihm ist die exceptio gegeben.

Wenn nun aber der Schuldner während der Execution ohne Wissen der Gläubiger etwa gerade vor dem Verkauf von seinen Sachen, so viele er nur konnte, veräussert und übertragen hat, so würde der Güterkäufer in Rücksicht auf diese in dem Inventar enthaltenen Vermögensstücke sein Gebot bemessen und abgegeben haben; die Gläubiger werden durch diese Handlung nicht mehr betroffen, und es muss demnach die actio leg. 1 dem Güterkäufer als dem Verletzten wohl zugesprochen werden: die actio leg. 1 hat ja den Zweck, das Executionsvermögen in der

Lage zu bewahren, in welcher es bei der Besitzergreifung sich findet, nach dem Verkauf haben die Gläubiger an den Gütern des Schuldners kein Recht und kein Interesse mehr.

In der spätern Zeit, bei der *distractio bonorum*, konnte so wenig wie früher dem fraudulosen Gläubiger die Theilnahme an der Execution, wohl aber die Theilnahme an dem Erlös versagt werden. Es gab keinen Güterkäufer mehr — eine dritte, unbetheiligte Person, welche die Güter des Schuldners in Händen hatte — die Gläubiger, welche den Verkauf veranlasst und nach bestimmter Zeit ihres Besitzes ein ausschliessliches Recht auf den Erlös erlangt hatten, nahmen unter sich die Vertheilung selbst vor, l. 10 C. 7, 72. Bei nicht genügendem Erlös bedurfte es gegen einen fraudulosen Gläubiger nicht mehr der *in f. actio*; der einfachere Weg war die Erklärung, dass der fraudulose Gläubiger zur Theilnahme an dem Erlös nicht berechtigt sei, Ausschluss desselben aus der Gemeinschaft: seiner Klage auf Herausgabe stand die *exceptio leg. 25* entgegen.

d. Die *actio in rem* § 6 Inst. de actionibus 4, 6.

„Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.“

Die *actio* § 6, in den Institutionen unter den *in rem actiones* aufgeführt, ist von jeher für die Theorie der fraudatorischen Rechtsmittel ein Stein des Anstosses gewesen, nicht zum wenigsten deshalb, weil der Byzantiner Theophilus ihr den Namen gibt, welchen Paulus l. 22 § 1 D. de us. 22, 1 cit. den persönlichen Actionen zutheilt, den Namen *Pauliana*.

Reinhart construirt aus § 6 J. eine nur in den Institutionen vorkommende dingliche Rückforderungsklage wegen der Veräusserungen, welche nach der Einweisung von dem Schuldner in fraud. cred. vorgenommen worden. Sie sei von der *rei vindicatio* nur dadurch verschieden, dass bei ihr nebst dem Beweise des Eigenthums des Schuldners an der veräusserten Sache auch noch die Fraus desselben und deren eventus nachgewiesen werden müsse, nicht aber *conscientia fraudis*. „Die Fraus des

Schuldners haftete gleichsam an der Sache — so *Reinhart* S. 22 — und machte so jede Tradition rescissibel . . . Da die Klage eine durchaus dingliche war, so konnte sie nur gegen den Besitzer und denjenigen angestellt werden qui dolo malo fecit quominus possideret oder qui liti se obtulit auf Herausgabe der Sache oder Ersatz des Werthes . . . der Verurtheilte konnte nun Regress nehmen gegen seinen auctor und dieser wiederum an seinem auctor u. s. w.“

Reinharts Ansicht ist nach zwei Seiten bedenklich, einmal dass in den Institutionen eine actio als geltendes Recht vgetragen wird, die sich von Allem andern unterscheidet und doch in Digesten und Codex nicht erwähnt sein soll, dann dass der persönlichen actio — *Reinhart* kennt nur eine persönliche — ein ganzer Digestentitel und ein ganzer Codextitel gewidmet ist, während *Reinhart's* dingliche Rückforderungsklage mit ein Paar Worten abgethan wird; und ausser der Dinglichkeit verhält sich diese um so vortheilhafter für den Gläubiger, als ja § 6 J. die Mitwissenschaft des Contrahenten des Fraudator nicht erfordert.

Ueber die Hauptfrage hat uns *Reinhart* leider keinen Aufschluss gegeben, auf welchem Rechtsgrund nämlich er eine solche dingliche fraudatorische Klage sich erbaut denkt. *Huschke*, welcher, wie früher bemerkt, für die Gläubiger eine universale Klage aus der Institutionenstelle und aus l. 1—9 D. 42, 8 behauptet, spricht sich hierüber folgendermassen aus (bei Gelegenheit als er über die Berechtigung des Curator zu der universalen Klage handelt und aus dessen Klageberechtigung den Schluss zieht, dass die universale Klage nicht den Zweck habe nur denjenigen einzelnen Gläubigern zu helfen, die der Schuldner hatte verkürzen wollen): „Der Prätor schützte vielmehr die Gläubiger insofern sie durch die missio gleichsam schon loco domini geworden waren.“ S. 39, ferner S. 54: „Wenn nun der Pauliana actio die Idee zu Grunde lag, dass die zum Nachtheil der Gläubiger gebrauchte Dispositionsbefugniss des Schuldners über sein Vermögen auf die Gläubiger kraft deren Recht aus der missio in bona zu ihren Gunsten übergehen solle, so musste auch sie eine universale und durchgängig zugleich eine in rem actio sein. Denn das Recht am Vermögen, diese eine Seite des suum jus woraus die Dispositionsbefugniss d. h. die Fähigkeit einzelne Sachen seien sie körper-

liche oder unkörperliche, absolute (dingliche) oder relative (Obligationen) zu veräußern herfließt, ist sowohl ein dingliches oder absolutes als auch ein universales Recht . . . Die intentio (lautete demnach) dum si paret in *bonis* debitoris mansisse, welcher Ausdruck hier ebenso die Vermögensgesammtheit bezeichnete, wie in der *bonorum possessio* (des Erben), der *missio in bona*, der *bonorum emptio*, der *actio vi bonorum raptorum* und der *Serviana actio*, daher Theophilus dieses in *bonis* sehr richtig mit *ἐν δεσποτείᾳ* übersetzt.“

Wenn man die Voraussetzung eines *quasidominium* der Gläubiger an dem Vermögen des Schuldners zugeben muss, wird man die Folgerung einer universalen Klage kaum bestreiten können, es fragt sich nur, wie es mit dem angeblichen *quasidominium* sich verhält.

Der Gläubiger wird eingewiesen in das Vermögen des Schuldners (*mittitur in bona*). Durch die Einweisung erhält er nur die eine Befugnis, alles dasjenige, was immer Vermögen des Schuldners ist, in Besitz zu nehmen (um später das Vermögen zu verkaufen) l. 2 D. quib. ex caus. 42, 4 „in bona eius . . . iri iubebo.“ l. 7 § 1 eod. „Qui fraudationis causa latitat, eius bona possideri . . . iubebo.“ Gai. III, 79. Hier bei der Erstreuung des Besitzes müsste ein *quasidominium* sicher zu Tage treten, eher wenigstens wie bei einer fraudatorischen Klage, wo verfolgt wird, was gar nicht mehr zu dem Vermögen des eigentlichen dominus gehört. Und in Wirklichkeit die persönliche in f. actio und das Interdict, ne vis fiat ei qui in poss. missus est. tit. Dig. 43, 4.

Der Besitz der Gläubiger ist, entgegen einem *quasidominium* aber der Natur der Sache entsprechend, kein juristischer, sondern nur Detention; die Gläubiger besitzen nicht für sich, sondern für und neben dem Schuldner s. die Worte des Edicts bei Cicero pro Quinctio § 84 „Qui ex edicto meo in possessionem venerint . . . Eos ita videtur in possessione esse oportere . . . Quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant. Quod non poterunt id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.“ l. 3 § 8 D. uti poss. 43, 17. „Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, quia non pos-

sident: idemque et in ceteris omnibus qui custodiae causa missi sunt in possessionem dicendum est“ (Dasselbe auch vom Justin. Recht besonders anerkannt (. 10 C. de bon. 7, 72 „ut possint cum prioribus rerum *detentatoribus*.“)

Durch die Besitzerlangung erhalten die Gläubiger allerdings ein dingliches Recht, nur das gerade Gegentheil von dominium, ein Recht an fremder Sache, ein Pfandrecht: l. 26 D. de pign. 13, 7 „Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit pignus constitui . . . sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.“

Der Besitz des Gläubigers ist kein universaler, es ist ihm erlaubt alle Sachen des Schuldners in Besitz zu nehmen, den Besitz erlangt er nur durch die Ergreifung jeder einzelnen Sache an jeder einzelnen Sache. Natürlich: Wenn das Edict Detention verlangt, so kann es nur Detention der einzelnen Sache verlangen: eine Detention des Vermögens, einer gedachten Sachgesammtheit gibt es nicht, weil das körperlich nicht Existirende körperlich auch nicht gehabt werden kann, s. Cic. pro Quinct. § 89, 90. „Omnino autem bona possessa non esse constitui, quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte sed in universis quae teneri et possideri possunt. Dixi domum Romae fuisse quo iste non aspiravit quidem, servos complures ex quibus iste possederit neminem ne attigerit quidem: unum fuisse quem attingere conatus sit: prohibitum fuisse: quievisse. In ipsa Gallia cognostis in praedia privata Quinctii Sex. Naevium non venisse.“ Diese Stelle bezeugt, dass der Besitz Einzelbesitz ist. Sonst wäre der Einwand Cicero's unmöglich, dass Nävius die „Güter“ des Quinctius nicht besessen habe, wenn Cicero zugleich aufstellt, dass Nävius eine Sache, den saltus gallicanus, aber diesen allein in Besitz genommen habe, nicht auch die andere Sachen des Quinctius.

Das Pfandrecht des eingewiesenen Gläubigers entsteht, wie wir sahen, durch den Besitz, ist dieser ein singulärer, so kann das Pfandrecht nicht universal sein. Während nun bei Universalrechten auch die Sachen an den Erwerber übergehen, welche als einzelne für ihn nicht zu erwerben gewesen,¹⁾ war das prä-

¹⁾ S. z. B. l. 9 D. de re milit. 49, 16.

torische Pfandrecht an gewissen Sachen, an denen ein Conventionalpfandrecht möglich, ausgeschlossen — ein sicherer Beweis der Singularität des prätorischen Pfandrechts. Man vergleiche l. 1 C. de praetoria pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat 8, 22, durch welche der Kaiser Justinian verfügt, dass es nunmehr auch ein prätorisches Pfandrecht an den Forderungsrechten des Schuldners geben solle. Schon ein paar Jahrhundert vor Justinian kannte man das vertragsmässige Pfandrecht an Forderungen, für welches Besitz, wie bei jedem Conventional-Pfandrecht unerheblich ist. Warum gab es kein prätorisches Pfandrecht an Forderungen? Deshalb nicht, weil bei Forderungen die Voraussetzung des prätorischen Pfandrechts nicht erfüllt werden kann, weil es keine Detention einer unkörperlichen Sache, sei es einer einzelnen oder einer Gesamtheit gibt.

Ein weiterer Beweis für die Singularität des Besitzes und des Pfandrechts der Gläubiger ist eine weitere Verfügung Justinians, l. 2 Cod. eod. Durch dieses Gesetz, in welchem es sich nur um eine einzelne Sache immer handeln kann, da es selbst ein Conventionalpfandrecht an dem Vermögen als solchem nicht gibt (vielmehr nur ein Pfandrecht an sämtlichen zu einem Vermögen gehörigen Sachen,) durch dieses Gesetz will Justinian eine „Bestimmung zweifelhaften Werthes des früheren Rechts“ beseitigen. Unter ziemlich unglücklicher Vergleichung mit dem vertragsmässigen Pfandrecht erklärt die Stelle „von nun an das prätorische Pfandrecht nicht nur zu schützen, wenn der eingewiesene Gläubiger im Besitz ist, sondern es zu erhalten, auch wenn der Gläubiger, gleich aus welchem Grunde, der Detention verlustig gegangen war.“ Die Aenderung Justinians bezieht sich nur auf die Fortdauer des prätorischen Pfandrechts, diese soll von dem Besitz, welcher es erzeugte, in Zukunft unabhängig sein. Darin behält Justinian das frühere Recht bei, dass er nicht anders den Gläubiger schützt, als wenn er wirklich die einzelne Sache im Besitz gehabt hatte: das Entstehen des Pfandrechts ist auch bei Justinian an die Besitzerlangung geknüpft. Zu allen Zeiten also handelte es sich wie bei dem Besitz, so bei dem Pfandrecht um die einzelne Sache. —

Das prätorische Pfandrecht hatte demnach eine ganz untergeordnete Bedeutung und war wohl nur deshalb eingeführt, damit

nicht Jemand, welcher sine fraude während des Güterbesitzes ein Pfandrecht erworben hatte, die verpfändete Sache den Gläubigern welche sie im Besitz hatten, entziehen konnte. Der Verkauf der Sachen des Schuldners fand nicht kraft des Pfandrechts, sondern kraft des prätorischen Befehls statt. (l. 7 § 1 D. 42, 4).¹⁾ —

Demnach kann die Behauptung irgend welchen Universalrechts der Gläubiger an den Gütern des Schuldners für das römische Recht nicht als begründet erachtet werden. Es steht dem Gläubiger eben nur die eine Befugniß zu, alles das, was dem Schuldner gehört in Besitz zu nehmen und zu verkaufen, ich glaube aber, dass darin auch die Erklärung der Institutionenstelle zu suchen ist.

§ 6 J. verspricht eine in rem actio. In rem actio bezeichnet nicht allein eine dingliche Klage, sondern auch eine unpersönliche Klage, nicht allein die actio aus einem dinglichen Recht, sondern auch die nicht auf dinglichem Recht beruhende Klage, welche zwischen Personen begründet ist, ohne dass diese in ein Verpflichtungs-Verhältniss zu einander getreten waren. Und das hebt auch gerade der Eingang unseres Institutionenstelle hervor: „namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est . . . aut cum eo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam quo casu proditae actiones in rem sunt.“ (§ 1.)

Die actio § 6 ist nun eine solche unpersönliche Klage; sie ist der Anspruch des in den Besitz der Güter eingetretenen Gläubigers gegen jeden Inhaber auf Herausgabe der Sachen,

¹⁾ Die herrschende Meinung sieht in dem prätorischen Pfandrecht ein Generalpfandrecht. So auch *Huschke* S. 35 . . . „wenn die Pfandbestellung nach der missio in bona erfolgt, wird sie nicht revocirt, weil sie dem prätorischen Pfandrecht aus der missio (?) nachsteht, also den Creditoren nicht schadet. L. 3 C. ut in poss. leg. 6, 54.“ Aber diese Stelle, sowie die übrigen bisher angeführten (*Windscheid*, Pand. § 233^{15, 16}) setzen den Besitz der Pfandsache seitens des Eingewiesenen voraus: sein mit dem Besitz entstandenes Pfandrecht geht spätern dinglichen Rechten vor. Das behauptet auch unsere Ansicht, allein es muss weiter gefragt werden, wie steht es mit den Sachen, welche der Eingewiesene nicht in Besitz hat; darüber handeln jene Stellen gar nicht und aus ihnen kann demnach sicher nicht die Behauptung eines Generalpfandrechts begründet werden (eher vielmehr das Gegentheil.)

welche in fraudem creditorum von dem Schuldner während des Güterbesitzes der Gläubiger veräußert wurden, d. h. nach dem Zeitpunkt veräußert wurden, als die Gläubiger in den Besitz auch nur einer Sache des Schuldners gekommen waren.

Wenn dies richtig, so kann die actio nicht eine dingliche sein. Zur Besitz erlangung der Sachen, welche zugestandenermassen dem Schuldner gehören, hat der Gläubiger nur eine in rem scripta, eine persönliche Klage, nach Pandektenrecht auch bezüglich derjenigen, deren Besitz dem Gläubiger wieder verloren gegangen. l. 1 § 1 D. Ne vis 43, 4 „Si quis dolo malo fecerit quo minus quis . . . in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo.“ (In possessionem esse heisst in den Besitz gelangen und in dem Besitz sein.) l. 1 § 2 eod. „frustra (praetor) mitteret, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret;“ l. 1 § 3 „Haec actio non tantum eum tenet qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum, qui possessione pulsus est, cum venisset in possessionem.“ Wie kann man für den Gläubiger bezüglich der Sachen, welche erklärtermassen zu dem Vermögen des Schuldners nicht mehr gehören, eine dingliche Klageberechtigung behaupten wollen? Der Prätor gibt dem Gläubiger durch § 6 J. das Recht, die Wirkungen eines schädigenden Ereignisses durch die Fiction zu beseitigen, dass das Ereigniss nicht eingetreten sei. Eine Fiction verleiht demjenigen, für welchen sie angenommen wird, nicht eine günstigere Stellung, als wenn überhaupt das schädigende Ereigniss nicht eingetreten wäre — sonst wäre die Beschädigung das Günstigste, was einem widerfahren könnte. Die Benachtheiligung des Gläubigers ist die Veräußerung der Sache. Die Institutionenstelle erklärt, dass die Veräußerung während des Güterbesitzes gegen den Gläubiger nicht geltend gemacht werden darf, dass es so anzusehen, als sei die Sache nicht tradirt worden. Der Gläubiger kann folglich auch nur die actio haben, welche er bei den Sachen hat, die zum Vermögen des Schuldners in Wirklichkeit noch gehören, die in rem scripta tit. Dig. 43, 4 cit.

Ein Anspruch gleicher Art jedoch weitem Inhalts steht dem Vermächtnissnehmer zu. Nach l. 5 § 5 sqq. D. ut in posses-

sionem legatorum vel fidei commissorum servandorum causa esse liceat 36, 4 wird der Vermächtnissnehmer zunächst in die aus der Erbschaft herrührenden Güter eingewiesen, welche der Verpflichtete noch im Besitz hat, unter Umständen auch in diejenigen, welche nicht mehr in causa hereditaria, also in den Besitz dritter Personen übergegangen sind. Die actio, welche dem Vermächtnissnehmer zustand, um in den Besitz der veräußerten Erbschaftssachen zu gelangen, ist keine (oder ich kann wenigstens keine andere finden) als die gewöhnliche in rem scripta actio D. tit., 43, 4, welche ja nach l. 1 § 2 eod. für alle Einweisungen gilt ohne Rücksicht auf den Einweisungsgrund.¹⁾

So auch die actio § 6 J., deren Gebiet jedoch weit beschränkter ist. Der Vermächtnissnehmer hatte nur das Recht des Besitzes, nicht das des Verkaufs, seine Einweisung enthielt also dem Erwerber gegenüber nicht zugleich die Entziehung der Sache. Andererseits unterliegt die Zulässigkeit der actio § 6 nicht einer besondern Cognition, sie ist ohne Weiteres ein für alle Mal statthaft erklärt.

In der Theorie gilt ziemliches Einverständniss darüber, dass die actio § 6 J. den eingewiesenen Gläubigern zusteht, unsere Ansicht gibt sie dem Wortlaut des Textes entsprechend den eingewiesenen Gläubigern, sofern sie den Besitz der Güter des Schuldners erlangt haben. Wesentlich verschieden wird jedoch der zeitlich-sachliche Umfang der actio bestimmt, je nachdem man bonis eius a creditoribus possessis zum Nachsatz oder zum Vordersatz zieht. Wenn an sich die Stellung der streitigen Worte zwischen den beiden Sätzen als beabsichtigt erscheinen mag, so glaube ich, dass gerade der Ausspruch des Theophilus *ζυνεῖν τὴν in rem ἥτις λέγεται παυλιανή*, welcher zwar von *Reinhart* „unter die juristischen Schnitzer des Theophilus einregistriert“ wird, den Ausschlag geben muss. Dadurch, dass zur Zeit des Theophilus die actio § 6 technisch in rem Pauliana genannt wurde, ist sie als eine der paulianischen Rechtsbildung sich anschliessende bezeichnet. Die actio § 6 ist unbestreitbar nur während des Güterbesitzes zulässig, sie kann also auch nur der-

¹⁾ Aenderungen Justinians zur Sicherung des Vermächtnissnehmers in l. 1, 2 C. 6, 43.

jenigen actio der persönlichen paulianischen Rechtsbildung gleichstehen, welche mit ihr hierin übereinstimmt, der actio leg. 1 D. 42, 8. Letztere ergreift nur die bonis possessis geschehenen fraudulosen Handlungen, es erscheint daher die actio in rem (scripta) Pauliana gleichfalls nur in demselben Umfang statthaft.

Zieht man bonis a creditoribus possessis allein zu dem Nachsatz, so erhält man die folgende Uebersetzung: „Hat einer in Verkürzungsabsicht seine Sachen Jemandem tradirt, so wird den Gläubigern gestattet, nachdem sie auf Grund der Präsidial-Erlaubniss (der Einweisung) dessen Güter in Besitz genommen haben, der Tradition ungeachtet diese Sache (die also nur eine vor dem Güterbesitz tradirte sein kann) zu beanspruchen.“ Damit unterstellt man also der actio § 6 *alle* fraudulosen Traditionen *vor* dem Güterbesitz und gibt den Gläubigern einen so weitgehenden Schutz, welcher jede Verkehrssicherheit überhaupt zerstört: dem unbetheiligten Inhaber könnten plötzlich Sachen entrissen werden, welche vor langen Jahren einmal ein böswilliger Schuldner irgend wem tradirt hatte; man *entzieht* der actio die Traditionen *während* des Güterbesitzes,¹⁾ müsste also weitgehenden Schutz da versagen, wo er sicherlich angemessener, ja consequenter Weise gar nicht zu versagen wäre.

Der Name Pauliana wäre dann für die in rem actio wohl kaum möglich, weil sie alle Grundsätze der persönlichen und eigentlichen Pauliana verläugnete, die der actio leg. 1 sowohl als auch die der in factum actio, welch' letztere ja bona vendita voraussetzt. Wir hätten dann in dem Corpus juris die wunderlichsten und widerstreitendsten oder vielmehr gar keine Principien der Pauliana.

Ebensowenig geht es an, für die Rescission die Einweisung als Gränze zu setzen. § 6 J. sagt ja, dass nur die besitzenden Gläubiger die actio haben; wären auch die Traditionen als nicht

¹⁾ Deshalb passt auch diese Stelle, welche *Huschke's* universale Klage wohl hervorgerufen hat, gar nicht in deren System. *Huschke* zieht die streitigen Worte zu dem Nachsatz und behauptet doch für die universale Klage, es sei gleichgültig, ob ein frauduloses Rechtsgeschäft vor oder *während* der Execution eingegangen worden; dem widerspricht aber dann § 6 J. — Traditionen sind zwar „gesta“ aber nicht alle gesta Traditionen

geschehen zu betrachten, welche in der Zeit zwischen Einweisung und Besitzergreifung geschahen, so wären wiederum die Grundsätze der eigentlichen Pauliana verlassen, aber zunächst steht von Einweisung nichts in der Stelle, dann ist es nicht ersichtlich, warum mit der Rescission bis zur Besitzerlangung gewartet werden müsse, wenn eben feststünde, dass bei der Besitzerlangung die Rescission der Tradition jedenfalls erfolgen würde; warum denn so lange warten?

Die *actio in rem* hat also, um dies noch einmal zu wiederholen den Inhalt: Wenn der Gläubiger Sachen des Schuldners in Besitz genommen, also in dessen Vermögen eingetreten ist, so soll es dem Schuldner genommen sein, böswilliger Weise die weitere Besitzergreifung unmöglich zu machen, es wird dem Gläubiger das überall geltende Fictionsrecht gegeben, die Sachen seien nicht tradirt, nicht aus dem Vermögen des Schuldners geschieden, folgeweise die Befugniss ertheilt, die veräusserten Sachen bei jedem Inhaber in Besitz zu nehmen, gleich als gehörten sie noch dem Schuldner und sie zu verkaufen.

Durch die *in rem actio* ist die *personalis Pauliana leg. 1 D. 42, 8* nicht entbehrlich und überflüssig gemacht, denn die *in rem* setzt Tradition also eine körperliche Sache voraus, während die *personalis* unbeschränkt auf jede Rechtshandlung sich bezieht. Bei beweglichen körperlichen Sachen tritt deren Natur nach häufig factische Unmöglichkeit der Verfolgung ein, jedenfalls haftet der Beklagte nach der *in rem actio* nur auf Einräumung des Besitzes, wohl nicht auf Herausgabe von Früchten, da in § 6 J. von seiner Wissenschaft oder Nichtwissenschaft nicht die Rede ist, so dass neben der *in rem actio* die *personalis* zur Anwendung kommen mag.

In den übrigen Theilen des *Corpus juris* habe ich die *in rem actio* nicht weiter erwähnt gefunden, nur eine Stelle der *Digesten* scheint sie im Auge zu haben, nämlich l. 15 D. *quibus ex causis in possessionem eatur* 42, 4 „*Ulpianus libro sexto fideicommissorum. Is qui rem permutatam accepit emtori similis est: item is qui rem in solutum accepit vel qui lite aestimata restituit vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus.*“

Der Titel bestimmt, aus welchen Gründen Einweisung er-

folge und erwähnt am Schluss, in l. 14, die Nachteile, welche bei Hinderung des Gläubigers oder eingewiesenen Legatars an der Besitzergreifung den Verpflichteten treffen. Ohne allen Zusammenhang¹⁾ kann l. 15 in dem Titel nicht stehen, und wir glauben, dass sie mit l. 14 in Beziehung zu setzen ist; dies unter Zuziehung der Institutionenstelle, beziehentlich der l. 5 D. 46, 4 cit. hinsichtlich des Legatars. In libro VI. fideicommissorum nämlich, aus welchem l. 15 stammt, handelt Ulpian von der Caution des Onerirten, wie l. 6 D. ut leg. 36, 3 zeigt; stellt der Beschwerte keine Caution so erfolgt Einweisung; Caution und Einweisung Mangels Caution müssen dort unbedingt zusammen behandelt sein, so dass sich l. 15 ursprünglich auf die Einweisung des Vermächtnissnehmers bezogen hat; ihre Aufnahme in den Digestentitel 42, 4 beweist, dass die Grundsätze der Einweisung des Legatars entsprechend auch für die Einweisung des Gläubigers gelten.

[l. 14.] Wenn einer den Gläubiger (oder den eingewiesenen selbst nur bedingt berechtigten Legatar) gehindert hat, in die Güter des Schuldners (bei dem Legatar: in res, quae in causa hereditaria manent) einzutreten, so wird gegen ihn eine actio gegeben, quanti ea res est.²⁾ [Zu ergänzender Uebergang:] Zur Besitzeinräumung ist nicht nur der verpflichtet und haftet im Fall der Weigerung dieser actio, welcher dem Schuldner noch gehörige Sachen (bez. res hereditarias) inne hat, sondern rescissa traditione³⁾ (bei dem Legatar: auf Grund besonderer Einweisung⁴⁾ auch derjenige, welchem bonis a creditoribus possessis³⁾ (bei dem Legatar: irgendwann⁴⁾ in fraudem creditorum³⁾ (in necem legatorum⁵⁾ verkauft und tradirt worden ist [l. 15:] Dem Käufer steht gleich, wer eine Sache zum Tausch empfing, ebenso

1) Gänzlich aus dem Zusammenhang nimmt *Arndt's Pand.* § 228^k die Stelle, indem er sie der Pauliana personalis zutheilt: es hafte dieser Actio der Gläubiger, welcher auch vor dem Concurs etwas anderes als die geschuldete Sache empfangen. Aber von den fünf Fällen der Stelle passen vier zu dieser Erklärung nicht.

2) Die actio tit. Dig. 43, 4 cit., s l. 1 pr.

3) s. die Institutionenstelle.

4) L. 5 § 5 D 36, 4.

5) l. 5 § 12 eod.

derjenige, welcher eine Sache an Erfüllungsstatt empfing, welcher sie lite aestimata zurückhielt oder eine Sache auf Grund oneroser Vereinbarung erlangte. —

Die Sachlage überhaupt erscheint demnach diese, dass die Institutionenstelle eine in den Digesten und Codex vorhandene und bald sich zeigende Lücke auszufüllen bestimmt war.¹⁾

II. Voraussetzungen und Inhalt der Pauliana.²⁾

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen und der Inhalt namentlich der beiden actiones leg. 1 D. 42, 8 und leg. 10 eod. behandelt werden; im Ganzen sind sie für beide Ansprüche gleiche mit einzelnen Verschiedenheiten, welche besonders hervorzuheben.

a) Voraussetzungen.

1. Gestum vel factum.

Jede rechtlich relevante Handlung kann den Grund eines paulianischen Anspruchs ausmachen.

Die Quellen zählen Handlungen aller Art auf und sind hier gerade nicht zum wenigsten missverstanden worden. Es erscheint daher eine genauere Interpretation der einzelnen Ausdrücke der Quellen, soweit sie überhaupt Anlass zu Zweifeln geben können, angemessen und erforderlich.

¹⁾ Ein Aehnliches z. B. auch bei der addictio bon. ex const. d. Marci, die in den Digesten (l. 10 § 17 supra cit. 42, 8) und Codex (l. 15 de testamentaria manum. 7, 2) als bekannt behandelt wird und von welcher die Institutionen den unentbehrlichen Wortlaut geben.

²⁾ Literatur: (Schönemann, die Paulianische Klage, Gera, 1873); Hasenbalg, zur Lehre von der actio Pauliana, Berlin, 1874; Fischer, Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung, Paderborn 1875; Zürcher, die actio Pauliana nach gemeinem Recht, Zürich, 1872)

1) l. 2, 3 pr. D. h. t. „et si pignora liberet vel quem alium in fraudem creditorum praeponat vel ei praebuit exceptionem“ = „wenn der Fraudator Pfänder freigibt, wenn er einen Andern (sich) vorsetzt, d. h. dem Andern eine Priorität im Pfandrecht — in einem dem Fraudator zustehenden Pfandrecht — einräumt, wenn er einem Andern die exceptio des Besitzes der Pfandsache verschafft.“

So nämlich müssen diese Worte aufgefasst werden. Die herrschende Meinung erklärt vel quem alium praeponat so, als wenn der Fraudator seinem Gläubiger ein besseres z. B. öffentliches Pfandrecht einräume. Sie schreibt damit den römischen Juristen eine arg verschrobene Ausdrucksweise zu: wie man in unserer Sprache im Gegensatz zu den Andern, von welchen sich nichts Besonderes sagen lässt, den Einen hervorhebt, der sich vor den Andern auszeichnet, so im Lateinischen und überall. Nach jener Auffassung würde Ulpian umgekehrt und ganz unlogisch sagen: wer den andern Gläubiger vor den einen Gläubigern vorzieht! Auch die von *Krüger* vorgeschlagene Aenderung des alium in aliorum, wo aliorum von in fraudem abhängen würde, hilft nicht weiter. Das ei nämlich des Satzes vel ei praebuit exceptionem bezieht sich auf das vorhergehende quem; versteht man unter quem, wie ja auch *Krüger* einen Gläubiger des fraudator, so kann man unter ei keinen Andern verstehen und das Ergebniss ist ein Actionsberechtigter dem frauduloser Weise eine exceptio verliehen wird!

Die in l. 1—3 aufgezählten Handlungen sind, sofern sie ungleichartig durch sive, sonst durch vel verbunden; si pignora liberet bezieht sich auf's Pfandrecht, vel praeponat ebenso, das folgende ei praebuit wird mit vel angeschlossen und dadurch als gleichartig gekennzeichnet. — Es ist hier wohl an die exceptio gedacht, welche z. B. l. 10 D. de pign. 20, 1 erwähnt: Indem der Fraudator und ein Anderer an einer Sache gleichwerthige Pfandrechte haben, überträgt der besitzende Fraudator dem Mitgläubiger im Pfandrecht den Besitz, welcher für den Vorrang entscheidend ist: l. 10 cit. „dabitur enim possidenti haec exceptio: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.“ S. auch l. 14 D. qui pot. 20, 4.

2) l. 3 pr. D. h. t. sive numeravit pecuniam = „wenn der

Fraudator ein Gelddarlehn gab.“ Die gewöhnliche Uebersetzung „zahlen,“ d. h. Erfüllen einer Obligation auf Geld erscheint unrichtig. Zahlen heisst „solvere,“ pecuniam numerare heisst Geld geben zur Begründung einer Obligation.¹⁾ Namentlich aus den Digesten lässt sich eine Unzahl von Stellen hierfür anziehen, z. B. l. 9 § 4 de reb. cred. 12, 1; l. 9 § 6, 7, 19 pr. eod., l. 7 § 3 D. de SC^o Mac. 14, 6. „Mutui dationem non solum numeratae pecuniae verum omnium quae mutua dari possunt an accipere debamus videndum, sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri.“ l. 1 pr. D. de cond. trit. 13, 3 supra cit.; l. 14 D. de us. 22, 1. „Si filius familias contra SC^{um} mutuatus pecuniam solverit“ . . . l. 24 i. f. D. h. t. „solverit mihi pecuniam“ u. s. w.

3) l. 3 § 2 D. h. t. „et qui aliquid fecit ut desinat habere quod habet = und wenn er etwas that, dass er aufhört zu haben, was er — zwar nicht als dinglich Berechtigter sondern nur factisch, nämlich aus einem Kauf — in Besitz hat.“ Die Uebersetzung, welche *Hasenbalg* (S. 21) u. A. geben, Ulpian wolle zusammenfassend das allgemeine Verbot gegen den Gemeinschuldner aussprechen, er dürfe die Summe der ihm zu Gebot stehenden Erfüllungsmittel nicht vermindern, widerspricht dem Wortlaut — abgesehen davon, dass die leges 1, 2 und 3 aus verschiedenen Büchern Ulpians stammen, also an sich in l. 3 eine Zusammenfassung nicht ohne Weiteres anzunehmen wäre. Der fragliche Satz fasst nicht zusammen, er enthält etwas Neues, das „et“ mit welchem er beginnt, überordnet nicht, sondern ordnet bei.

Nach l. 188 pr. D. de V. S. 50, 16 hat habere eine doppelte Bedeutung „habere duobus modis dicitur altero iure domini altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit.“ Im erstern Sinn wird das Wort kaum hier zu nehmen sein, indem ja die Entäusserung des Eigenthums das wichtigste Rechtsgeschäft sogleich zu Anfang der Aufzählung l. 1 § 2 genannt ist (sive rem alienavit.)

¹⁾ Allerdings hat Justinian für den Gläubiger eine exceptio non numeratae pecuniae (l. 14 C. 4, 30) eingeführt, aber an der ursprünglichen Bedeutung der Worte ist darum doch nichts geändert.

Nicht nur Handlungen, sondern auch Unterlassungen können paulianische Ansprüche erzeugen l. 4 D. h. t. cf. l. 2 § 1 eod. Sogenannte Nichterwerbe sind von der Pauliana ausgeschlossen. l. 6 pr. sqq.

Je nachdem eine fraudulose Handlung in die Zeit des Güterbesitzes oder vor denselben fällt, ist die actio leg. 1 (gegen Traditionen auch die in rem actio) oder die in f. actio begründet.

2. Consilium fraudandi.

Das römische Recht gibt keine abstracte Begriffsbestimmung des consilium fraudandi, so wenig wie die Gesetze unserer Zeit, z. B. Reichs-Strafgesetzbuch und Concursordnung.

Zunächst wird es sich um die Worterklärung handeln. Statt der Verbindung consilium fraudandi wird häufig auch das Wort fraus allein gebraucht; fraus enthält zunächst nicht die Absicht, sonst wären Zusammenstellungen unmöglich wie eben *Consilium fraudandi* l. 15, *fraudationis causa* l. 1 pr. *in fraudem* l. 1 § 1. Fraus bedeutet objectiv Schaden, Nachtheil cf. l. 6 § 10 D. h. t. *si fraudati sunt* = wenn sie benachtheiligt sind, l. 6 § 11 . . . *et si cui donatum est non . . . quaerendum an sciente eo . . . gestum sit sed hoc tantum an fraudulentur creditores.* l. 1 pr. D. *si quid in fraud. patr.* 38, 5 „*Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur . . . quo minus quam pars debita bonorum ad eorum quem perveniat qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt, cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit.*

Consilium fraudandi, fraudandorum creditorum, fraus in creditores ist demnach die Absicht des Schadens, die Absicht die Gläubiger zu benachtheiligen d. h. herbeizuführen, dass die Gläubiger ihre Befriedigung nicht erhalten. Diese Absicht ist zunächst dann anzunehmen, wenn der Schuldner durch seine Handlung die Verkürzung der Gläubiger bezweckte, wenn sie das Motiv zur Handlung war, der Schuldner sonst die Handlung nicht vorgenommen hätte: z. B. der Schuldner zerstört, verschenkt seine Sache, damit die Gläubiger nur nichts erhalten.

Auf die Absicht des Schuldners kommt es jedoch über-

haupt nicht an, wenn der Erfolg einer Handlung an sich ein rechtlich gebilligter ist s. l. 20 D. h. t. Der Schuldner restituirt die ganze Erbschaft ohne Abzug der Quart, in der Absicht, aus dem Motiv, seine Gläubiger zu verkürzen: die Pauliana ist unzulässig, weil diese Restitution, aus welcher Absicht immer sie stattfand, sich als volle Treue und Erfüllung schuldiger Pflicht gegen den Erblasser darstellt. So auch wenn der Schuldner von einigen Gläubigern unablässig gedrängt, um sich für das vermeintliche Unrecht zu rächen, einen unbetheiligten Gläubiger befriedigt; sonst hätte er nie daran gedacht, sein letztes Geld wegzugeben: Die Pauliana ist nicht anwendbar, indem die Handlung gerade das herbeiführt, was der Schuldner soll, die Befriedigung eines Gläubigers.

Die Absicht der Verkürzung ist zweitens auch dann anzunehmen, wenn der Schuldner zwar aus einem andern Bestimmungsgrund handelte, zugleich aber erkannte, dass die Verwirklichung seiner Absicht eine Verkürzung der Gläubiger herbeiführen würde.

Darüber l. 17 § 1 D. h. t. „Lucius Titius, welcher Gläubiger hat, übergab den Angehörigen all sein Hab und Gut. Antwort: Zwar wird nicht vorausgesetzt, dass er dies aus dem Bestimmungsgrund gethan hat, um zu verkürzen, es mochte das Motiv zu seiner Handlung vielmehr sein, den Angehörigen eine Liberalität zu erweisen; derjenige jedoch, welcher weiss, dass er Gläubiger hat und nichts desto weniger sein ganzes Vermögen fortgibt, ist als ein solcher anzusehen, der mit dem Sinn gehandelt hat, welche das Paulianische Gesetz ahndet, mit dem *Consilium fraudandorum creditorum*.“ Gleich wäre zu entscheiden, wenn Jemand alle seine Sachen veräussert, um mit dem Gelde zu fliehen und in ferner Gegend, den Gläubigern unerreichbar, ein angenehmes Leben zu führen. Die Absicht ist die, ein angenehmes Leben zu führen, der Schuldner erkennt jedoch, dass diese Absicht, verwirklicht, eine Verkürzung der Gläubiger herbeiführen wird, folglich unterliegen seine Handlungen der Pauliana.

Auch hier ist eine Ausnahme zu machen. Die Pauliana ist unstatthaft, wenn der Schuldner zwar erkannte, dass die Verwirklichung seiner Absicht eine Benachtheiligung der Gläu-

biger enthalte, das Motiv jedoch welches ihn die Handlung vornehmen liess kein anderes ist, als die Gläubiger zu schützen. Wenn z. B. Jemand bei einem Brande das zunächst bedrohte und dann auch seinen sonstigen Besitz gefährdende Haus niederreisst, so wird man gegen ihn und seine Helfer, welche etwa wussten, dass das Niederreißen des Hauses die Insolvenz des Schuldners herbeiführen heisse, nicht mit einer *actio Pauliana* kommen wollen, hat er doch sich und die Gläubiger nur benachtheiligt, um sich und sie vor grösserer Benachtheiligung zu schützen. Ebensowenig kann ich mir eine *Pauliana* gegen den Schuldner denken, welcher etwa zu niedrig verkaufte — wenn es sich nämlich überhaupt um hoch oder niedrig handelte — um sich mit den erhaltenen Geldmitteln dahin zu bringen, dass er den Ansprüchen seiner Gläubiger gerecht werde, wie dies z. B. *Hasenbalg* (S. 44) behauptet. Man vergleiche l. 79 D. de R. J. 50, 17 „*Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat sed ex consilio quoque desideratur*“ Zur Erklärung dessen was als *fraus* anzusehen, muss man in jedem einzelnen Fall nicht den Erfolg als solchen und für sich, sondern als das Resultat der verwirklichten Absicht, also die Absicht selbst in Rücksicht ziehen. Wenn nun die *Paulianischen* Gesetze gegen den schützen wollen, welcher es unternimmt, den Gläubigern zu schaden, wie möchte die *Pauliana* einem schaden, welcher sich dem unterzog, was eines rechtlichen Mannes Pflicht, die Gläubiger zu schützen?

Ein Beweis lässt sich vielleicht auch durch die Analogie der *actio tit. Dig. 4, 7 de alienatione iudicii mutandi causa facta* erbringen. Diese geht gegen denjenigen, welcher durch Veräusserung einer Sache dem Betheiligten *eius in fraudem* einen andern Gegner gab auf Ersatz dessen, was Jener gehabt hätte, wenn ihm der andere Gegner nicht gegenüber gestellt wäre. (l. 1 pr. eod.) Uebertrug aber Jemand den Streit einem Andern, um öftern Prozessen zu entgehen, oder wegen seiner Gesundheit, wegen Alters oder nothwendiger Geschäfte, so ist er nicht in der Lage von diesem Edict getroffen zu werden, da es sich hier nur um böse Absicht handeln kann, *cum in hoc edicto doli mali*¹⁾

¹⁾ Böse Absicht (l. 1 § 2—4 D. de dolo malo 4, 3) die an sich in dem Worte *fraus* liegt, auch bei der *Pauliana* s. Cic. ad Act. I, 1 § 3 hervorgehoben:

fiat mentio l. 4 § 3 eod. So auch in unserm Fall, wo die Absicht des Schuldners für sich zu sorgen, d. h. seine Vermögenslage günstiger zu gestalten, zugleich eine Wahrnehmung der Interessen der Gläubiger enthält.

Was die einzelnen paulianischen Actionen angeht, so wird die actio leg. 1 D. h. t. und die in rem actio nur die allgemeine Absicht erfordern, etwas aus dem Executionsvermögen zum Nachtheil der Gläubiger herauszubringen, so dass jeder der besitzenden Gläubiger, wenn auch die Handlung nicht gerade gegen ihn sich richtete oder vor seiner Theilnahme an dem Verfahren geschah, aus eigenem Recht zu diesen Actionen befugt erscheint. Für die in f. actio wird positiv Absicht gegen einen bestimmten Gläubiger erfordert, wie dies passend in den Folgen zu behandeln.

3. eventus fraudis.

Namentlich von *Hasenbalg* ist neuerdings die Meinung wiederum¹⁾ vertreten worden, die Pauliana verlange für den einzelnen Fall eventus fraudis, d. h. jede zur Verkürzung der Gläubiger vorgenommene Handlung müsse, um die Pauliana zu begründen, zugleich eine Verminderung des Vermögens des Schuldners enthalten. „Welches vernünftige Interesse, so *Hasenbalg* S. 21, können die Gläubiger daran haben, ob der Schuldner den Stichus besitzt, der 100 werth ist oder den Pamphilus, der eben so viel werth ist; sie erhalten weder den Stichus noch den Pamphilus, sondern immer nur den Betrag ihres Anspruchs. Sie interessirt deshalb auch nur der Werth jeden Gegenstandes, denn aus diesen einzelnen Werthen setzt sich der Gesamtbetrag des Vermögens des Schuldners zusammen. Die Erscheinungsform der Befriedigungsmittel ist ohne alles Interesse für

„Cäcilius . . . a P, Vario eum magna pecunia fraudaretur agere coepit cum eius fratre Caninio Satrio de iis rebus quas eum dolo malo mancipio (sc. bon. poss^{is}.) accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erat . . . et is, quem putabant magistrum fore, si bona venierent.“ (Die Stelle von *Huschke* angeführt S. 384.)

¹⁾ Auch *Huschke* ist dieser Ansicht S. 30, 38.

sie. Es kann demnach in der Veräußerung eines Vermögensstückes an sich niemals eine Verletzung ihres Interesse liegen, sobald nur das erlangte Aequivalent mindestens eben so viel werth ist, als jenes weggegebene Stück.“

Wenn man den Gläubigern jedes vernünftige Interesse daran abspricht, ob der Schuldner diese Sache oder eine andere von gleichem Werth habe, so frage ich, welches Interesse hatte denn der Schuldner zu dem Umtausch, und wenn *er* ein Interesse daran hatte, warum den Gläubigern jedes Interesse absprechen? Der l. 7 D. h. t. („si debitor in fraud. cred. minore peritio fundum scienti emtori vendiderit“) welche *Hasenbalg* anruft, und welche Stelle den allerdings gewöhnlichen Fall der Ungleichheit dessen, was der Schuldner fortgab und der Gegenleistung beispielsweise anführt, glaube ich l. 6 § 6 entgegensetzen zu können. „Derjenige, welcher das Seinige empfängt, begeht keine *fraus* — das Seinige, nämlich dasjenige, was ihm (dem Gemeinschuldner) geschuldet wird. Er begeht deshalb keine *fraus*, weil er sein Recht ausübt und der andere seine Pflicht erfüllt. Das ganze Edict ist überhaupt nur auf Verträge anwendbar, welche freiwillig eingegangen werden, als Pfänder und Verkäufe (seitens des Fraudator.)“

Wäre die Ansicht *Hasenbalg's* richtig, so müsste als Grund des Erlaubtseins der Erfüllung an den Fraudator ausgesprochen sein, dass der Gemeinschuldner ein der Hingabe entsprechendes Aequivalent erhielt, früher hatte er ein Forderungsrecht, jetzt die Leistung. Nein! Die Erfüllung erzeugt deshalb keinen paulianischen Anspruch, weil sie eben Erfüllung ist, die Consequenz eines zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses, zu welcher die Staatsgewalt den Weigernden anhält, anhält auf Verlangen des Berechtigten, dessen Dispositionsfähigkeit in keiner Weise durch die eingeleitete Execution beeinträchtigt ist. Das Edict geht nur gegen freiwillige, neue Rechtsgeschäfte und, so ist wohl zu ergänzen, wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner ein genügendes Aequivalent erhält — wenn es eben nicht ein „*sum*“ ist.

Der *eventus fraudis*, welchen nur die in f. actio erfordert, wird in l. 10 § 1 kurz und einfach erklärt: „Ita demum revoca-

tur, . . si fraus eventum habuit scilicet si hi creditores quorum fraudandorum causa fecit bona ipsius vendiderunt.“

Das Wort *fraus* bedeutet hier Absicht zu verkürzen gleich dem vorhergehenden *quod fraud cred. causa factum est* und dem nachfolgenden *quorum fraudandorum causa fecit*, wie l. 15 eod. bezeugt (*utrumque exigimus et consilium et eventum.*)

Die *in f actio* ist also nur begründet 1) wenn die Executionsprocedur gänzlich durchgeführt worden, 2) der Erlös aus den verkauften Sachen des Schuldners die Ansprüche der Gläubiger nicht deckt (denn mehr als Befriedigung kann der Gläubiger nicht fordern), 3) wenn *die* Gläubiger, zu deren Benachtheiligung die fraudulose Handlung vorgenommen worden, die Güter des Fraudator verkauft haben.

Die Actionsberechtigung hängt zunächst von der Theilnahme an der Execution ab. Das Erforderniss des *eventus fraudis* stammt aus dem Verfahren der *venditio bonorum*. Damals erhielt jeder Gläubiger, wenn er auch der Execution ferngestanden, an der Masse Theil, nämlich durch sein Forderungsrecht gegen den Güterkäufer. Wenn dennoch verlangt wurde, dass *hi creditores quorum fraudandorum causa fecit vendiderunt*, so ist damit ausgesprochen, dass es nicht nur auf Nichtbefriedigung ankommt, sondern, dass der fraudirte Gläubiger, durch eigene Bemühung sich das Recht der *Pauliana* verschaffen muss. Der Gläubiger hat zunächst immer an dem Vermögen des Schuldners sich zu halten, und die verlangte Theilnahme an der Execution gab die Gewähr, dass die Masse möglichst gut verkauft werde. Wer sich selbst keine Mühe gab, Verkürzung zu verhüten, darf sich über die Absicht seines Schuldners ihn zu verkürzen nicht beklagen. Für das spätere Verfahren ist um so weniger an eine Aenderung zu denken, als die Theilnahme an der Execution die Theilnahme auch an der Masse bedingte.

Unter den verkaufenden Gläubigern sind die eigentlich Berechtigten diejenigen, auf welche die Absicht der Verkürzung gerichtet war und zwar jeder derselben. Während das Edict die Mehrzahl hatte, wie aus l. 10 § 6 hervorgeht — s. auch l. 10 § 1 *quod fraudandorum creditorum causa factum est* — erklärte die Jurisprudenz mit Recht, dass diese Aeusserlichkeit zur Sache selbst unerheblich sei, vgl. l. 10 § 6: „Im Uebrigen mag man

eine Frage aufwerfen können, weil gesagt wird, dass zur Verkürzung der Gläubiger Veräusserte sei zurückzufordern, wenn es die nämlichen Gläubiger sind (*quorum fraudand. causa factum est et qui vendiderunt*); und es ist billig, dass die *actio* auch dann statthat, wenn nur ein Gläubiger von denen, welche durch den Verkauf nicht befriedigt werden, der nämliche ist, sei es, dass er damals als die fraudulose Handlung geschah, der einzige war, *cuius fraudandi causa fraudator fecit* oder dass er nach der Befriedigung der andern allein übrig blieb.“¹⁾ Dasselbe muss gelten, wenn nur einer oder einige dieser Gläubiger an der Execution Theil nehmen, da ihre Rechte gänzlich unabhängig von einander sind; selbst die Befriedigung beeinträchtigt das Recht des Nichtbefriedigten nach l. 10 § 6 unter keinen Umständen also auch nicht der Verzicht auf die Theilnahme an der Execution seitens eines der fraudirten Gläubiger.

Ausser den eigentlich Berechtigten gibt der Verkauf auch den Executionsgläubigern die in f. *actio*, gegen welche die Absicht des Schuldners zwar sich nicht richtete, welche jedoch zur Zeit der fraudulosen Handlung bereits ihr durch den Verkauf nicht gedecktes Forderungsrecht hatten. Dies zeigt das unpersönliche *ita demum revocatur* der l. 10 § 6 und namentlich die früher erklärte Interdictsformel. Ihr Anspruch gründet sich auf und entsteht durch den Anspruch der eigentlich Berechtigten, allein einmal entstanden, besteht er selbständig fort und ist durch die Befriedigung des eigentlich Berechtigten nicht zu beseitigen. s. l. 10 § 8 D. h. t.

Zu der Pauliana in f. *actio* sind nicht berechtigt diejenigen Gläubiger, deren Forderung später entstanden, als die fraudulose Handlung vorgenommen war. Sie sind in die Lage des Vermögens eingetreten, in welcher es sich durch die fraudulose Handlung befand l. 15 D. h. t. „*utrumque in eorundem persona exigimus et consilium et eventum et si quidem creditor cuius fraudandi consilium initum erat non fraudatur adversus eum qui*

¹⁾ So werden sich die Bedenken *Hasenbalgs* erledigen „wie (Ulpian) dazu gekommen, an dem Klagerecht des (unus) überhaupt irgend welchen Zweifel zu hegen,“ (S. 51) Ulpian hegt keinen Zweifel, er interpretirt den Plural des Edicts.

fraudatur consilium initum non est.“ Ausnahme l. 16 eod.: „nisi priores pecunia posteriorum dimissi probentur cf. l. 19 § 1.

4. conscientia fraudis.

Wer sich an der Fraus des Schuldners betheiligte, sei es durch Contract mit demselben oder auf andere Weise, ist der Pauliana verhaftet. Für die conscientia fraudis gilt dasselbe wie für die fraus: bei der actio leg. 1 D. h. t. genügt die Wissenschaft, dass etwas aus dem Executionsvermögen gebracht werden soll, bei der in f. actio wird Willensrichtung auf eine bestimmte Person erfordert, wobei jedoch die Kenntniss eines einzigen Gläubigers genügt. s. l. 10 § 7, 8 D. h. t.: „Es reicht hin, dass der Contrahent des Schuldners einen Gläubiger kennt, während ihm die übrigen, gegen welche die fraus des Schuldners gerichtet ist, unbekannt sind. Wie aber, wenn dem einen, welchen er kennt, genügt ist? Ist dann die actio nicht entstanden, weil der Contrahent gegen die übrig gebliebenen keine Wissenschaft der Fraus gehabt hat; gewiss, ihnen gegenüber ist er in der That nesciens; andererseits kann der Contrahent den durch den Güterverkauf einmal entstandenen Anspruch nicht aufheben, wenn er dem eigentlich Berechtigten, demjenigen, welchen er als Fraudirten kennt, Befriedigung anbietet.¹⁾

Conscientia fraudis ist bei bestimmten Personen²⁾ und bei lucrativen³⁾ und ähnlichen⁴⁾ Rechtsgeschäften nicht erforderlich.

¹⁾ In einer Form, welche den Anspruch, die Forderung des fraudirten Gläubigers gleich der Erfüllung beseitigt, also durch gerichtliche Hinterlegung, [*Windscheid*, Pand. § 347.] Wenn er nicht in dieser Form, sondern anderswie anbietet — so interpretirt *Hasenbalg*, S. 49 — dann besteht der Anspruch des eigentlich Berechtigten fort und die Uebrigen sind unbedingt zur Pauliana berechtigt — als selbstverständlich braucht das nicht gesagt zu werden.

²⁾ L. 6 § 10 „si quid cum pupillo gestum sit“ . . . l. 10 § 5.

³⁾ L. 6 § 11, 13; l. 17 § 1.

⁴⁾ L. 10 § 14, l. 18, l. 25 pr.

b) Inhalt der Pauliana.

Die während des Güterbesitzes vorgenommene fraudulose Handlung erzeugt schlechthin einen Anspruch auf Ersatz, eine früher geschehene nur dann, wenn die fraudirten Gläubiger die Güter des Schuldners verkauft haben. Für beide Actionen ist der Umfang der Ersatzverbindlichkeit der gleiche, das „revocatur“ der l. 1 wird erst in l. 10 § 19 sqq. erklärt. Ueber die Ersatzpflicht gilt nun Folgendes. l. 10 § 19. „Wer an der fraud des Schuldners Theil nahm, haftet auf Rückgabe der Sache, welche er erhalten hat nebst Zubehör. § 20. Auch die Früchte kommen zur Restitution, nämlich diejenigen, welche gezogen worden sind, nicht weniger auch diejenigen, welche von dem Fraudator gezogen werden konnten, jedoch immer unter Abzug der aufgewandten Kosten. § 22. Es soll überhaupt der frühere Zustand wiederhergestellt werden, mochten es nun Sachen oder Forderungsrechte sein.“

Es soll der frühere Zustand wiederhergestellt werden, daraus folgt, dass nur die Früchte zu restituiren sind, für welche zur Zeit der Veräußerung der Grund bereits gelegt war, während die von da ab bis zum Prozessbeginn gezogenen dem Beklagten verbleiben. s. l. 25 § 4 . . . „auch die Früchte müssen zurückgegeben werden, welche zur Zeit der Veräußerung mit dem Grundstück zusammenhingen, da sie ja in dem Vermögen des Fraudator gewesen sind, ebenso die nach dem Streitbeginn gezogenen. Die Früchte aus der Zwischenzeit kommen nicht zur Restitution l. 25 § 5. Wenn eine Sclavin nach der Veräußerung empfangen und vor dem Prozess geboren hat, so ist die Geburt ohne Zweifel nicht zu restituiren; anders, wenn die Sclavin zur Zeit der Veräußerung bereits schwanger war.“

Die herrschende Meinung constatirt einen Widerspruch zwischen l. 25 § 4, 5 und l. 10 § 19—22, indem letztere Stelle die Restitution auch der in der Zwischenzeit gezogenen Früchte verlange. Eine frühere Ansicht aufnehmend, will *Reinhart* den angeblichen Widerspruch dadurch beseitigen, dass man l. 25 § 4, 5 auf die Ersatzpflicht des nesciens beziehe. Ich sage: den angeblichen Widerspruch, denn m. E. liegt kein Widerspruch vor.

Mit Recht macht *Huschke* darauf aufmerksam, dass der Prätor aussergewöhnlicher Weise die Früchte neben dem zu restituirenden Grundstück erwähnt, wie dies l. 25 § 6 zeigt;¹⁾ die nach dieser Stelle zu restituirenden Früchte sind gleichfalls die tempore alienationis fundo cohaerentes. Ulpian interpretirt wie Labeo (l. 25 § 6) das Edict, also liegt in der Interpretation Ulpians an sich und stillschweigend die Beschränkung des Edicts (l. 10) und mehr, sie ist in l. 10 § 22 ausdrücklich hervorgehoben, man muss nur nicht den Zusammenhang zerreißen; l. 10 § 22 ist folgendermassen zu übersetzen und auszulegen: „Aus dieser actio soll eine Wiederherstellung des frühern Zustands erfolgen, mochten Sachen oder Obligationen veräussert worden sein, so dass (und nun folgt eine Beschränkung der Auseinandersetzung auf Obligationen) alles so zurückgebracht wird, als sei die Befreiung nicht eingetreten. Deshalb ist auch der Vortheil der Zwischenzeit zu leisten, den einer erlangt hätte, wenn die Befreiung von der Obligation nicht erfolgt wäre, (dum tantum obligatio sit restituenda, id est) während *Zinsen* nicht zu leisten sind, (si commodum medio tempore quis non consequeretur et si liberatio facta non esset sc.) wenn Zinsen nicht angelobt gewesen, oder es war denn der Vertrag ein solcher, aus welchem Zinsen auch ohne Stipulation geschuldet werden konnten.“

Zinsen sind also das commodum medii temporis — was sonst sollte es auch noch sein, ich wüsste nicht welch' andere Vortheile Obligationen bringen möchten. — Die Zinsen sind dann zu leisten, wenn die bestehende Obligation sie gegeben hätte, sei es kraft besonderer Vereinbarung oder unmittelbar aus dem Gesetz; war eine Zinspflicht nicht begründet gewesen, so sind Zinsen nicht zu ersetzen, da auch bei Bestehen der Obligation Zinsen einer nicht erlangt hätte.

So stimmen denn l. 10 § 22 und l. 25 völlig überein: wie die Früchte dem Grundstück anhängen, so die Zinsen der Forderung. Die Ersatzpflicht nach l. 25 geht auf Rückgabe des Grundstücks und auf die Früchte, welche zur Zeit der Veräusserung mit dem Grundstück verbunden waren, die der l. 10

¹⁾ Die Erklärung dieser schwierigen Stelle s. *Huschke* S. 109, l. 10 § 22 interpretirt *Huschke* wie die herrschende Meinung; S. 105, 706.

§ 22 auf Restitution der Hauptverbindlichkeit und auf die Zinsen, zu denen zur Zeit der Befreiung der Grund gelegt war und welche die Dauer der Verbindlichkeit gezeitigt hätte. Trug das Grundstück damals keine Früchte, so sind Früchte nicht herauszugeben (l. 25 § 5), war die aufgegebene Forderung unverzinslich, so sind Zinsen nicht zu ersetzen (l. 10 § 22).

Anders erklärt *Reinhart* l. 10 § 22 (S. 90): „Diese Stelle lehrt des Bestimmtesten, dass . . . nicht blos „„diejenigen Früchte dieser Art, sc. qui cum fundo alienationis tempore cohaeserunt, welche wirklich vom Käufer gezogen sind nebst denen, welche als bereits erzeugte der veräussernde Fraudator hätte ziehen können, während der Käufer sie vernachlässigte,““ wie *Huschke* will, prästirt werden müssen, sondern alle Früchte, welche in der Zwischenzeit hätten gezogen werden können, wenn die Veräusserung nicht stattgefunden [etiam medii temporis commodum quod **quis** consequeretur liberatione non facta praestandum erit] . . . in dem Sinne freilich (ja freilich!) dass Zinsen vom Beklagten nicht zu vergüten sind, wenn der Fraudator ihm eine als unverzinslich stipulirte obligatio erlassen hat.“

Wenn irgendwo Widersprüche zu finden, so in diesen Behauptungen *Reinhart's*. Oder macht es für die Fruchtziehung irgend einer beliebigen Person, des quis, welchen *Reinhart* so sehr hervorhebt, macht es für diesen einen Unterschied, ob die hundert, welche dem Fraudator verschuldet wurden, dem Fraudator Zinsen trugen oder nicht — wenn man eben von aufgehobenen Obligationen überhaupt Früchte ziehen könnte; der einzige Vorthail, welchen der Erlass einer Schuld gibt, ist Befreiung von der Haupt-Verbindlichkeit und der etwa begründeten Zinspflicht; die Aufgabe des Forderungsrechts ist Vernichtung einer Sache und aus Nichts zieht der beste Mann nur Nichts. (*Consequeretur, si liberatio facta non esset.*)

Die Hervorhebung des quis in l. 10 § 22 wie sie von *Reinhart* geschieht, ist übrigens ohne jeden Grund, quis ist so tonlos, wie quis nur sein kann. Bei natürlichen Früchten hat die Person des Berechtigten allerdings ein Interesse und deshalb kommen auch die Früchte zur Restitution, welche der Fraudator mehr als der Beklagte hätte ziehen können [l. 10 § 20]; bei civilen Früchten, Früchten im übertragenen Sinne, welche nicht

aus der Sache, sondern kraft eines Rechtsverhältnisses gewonnen werden, kommt der Berechtigte nicht in Betracht: jeder kann nur so viel ziehen als der Vertrag oder das Gesetz gibt, der Fraudator nicht mehr als einer und einer nicht weniger als der Fraudator.

Der Beklagte, welcher die Sache nicht herausgeben kann, haftet auf Ersatz des Werthes, hat er durch Veräußerung einen höheren Werth erzielt, auf diesen, l. 9 D. h. t. „is autem qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit in solidum pretium rei quod accepit tenebitur“ (was nur einen Sinn haben kann, wenn der Kaufpreis den früheren oder jetzigen Werth überstieg.)

Durch die Restitution erwirbt der Beklagte nach den Grundsätzen der actio leg. 1 einen Anspruch auf Rückgabe der Gegenleistung, sofern eine solche in der Masse sich findet l. 7, 8 D. h. t., nicht so bei der in f. actio, welche ja erst nach Verkauf der Masse statthat. Nach Verlauf eines Jahres beschränkt sich die Pauliana auf den Vortheil, welchen der sciens durch die fraudulose Handlung erlangt hat. Der gutgläubige Erwerber, sofern überhaupt die actio gegen ihn zulässig, sowie die Erben des sciens haften von vorneherein nicht weiter l. 6 § 10, 11, l. 10 § 5, l. 11 D. h. t.

Gegen den Fraudator entsteht gleichfalls ein Anspruch aber nur durch den Güterverkauf und wenn er Sachen derart verthan hatte, dass sie auf keine Weise wiedererlangt werden konnten, l. 25 § 7. Diese Stelle wird auf beide Actionen zu beziehen sein, wie die Compileren ja überhaupt was der einen und der andern actio gemeinsam, nur einmal immer in den Titel aufgenommen haben. In l. 1 wird die actio gegen den Fraudator versprochen, aber das Genauere nicht mitgetheilt; was aber könnte der Schuldner während der Execution den Gläubigern noch Anderes und mehr geben, als ihnen nicht schon an sich offenstände: das ganze Vermögen soll ja zum Verkauf kommen. Da der Schuldner nach dem Güterverkauf im Uebrigen wegen früherer Handlungen nicht zu belangen war (l. 25 § 7) hatte die Pauliana alsdann Zweck. Mochte sie auch den Gläubigern einen Vortheil nicht bringen, so strafte sie wenigstens den Schuldner: auf Grund paulianischer Ansprüche konnte er in die Schuld-

haft genommen werden, arg. l. 1 C. 7, 71. In dem spätern Recht blieben die Forderungen der Gläubiger, soweit die Execution Befriedigung nicht gab, bestehen und so passt das Argument, *quia nulla actio in fraudatorem post bonor. venditionem daretur*, welches Mela gegen die Pauliana anführt und Scaevola für die Pauliana anwendet (*praetor . . . intueri videtur . . . poenam*) in dem justinianischen Recht nicht mehr. Gaben doch die ungedeckten Forderungen dieselben Rechte, die ehemals nur auf Grund der Pauliana entstanden, und was soll dem nichtbefriedigten Gläubiger noch ein neuer Anspruch ohne Befriedigung und ohne neue Rechte?

Die Pauliana ist ein einseitiger, selbstständiger Wiederherstellungs-Anspruch der Gläubiger, *revocare, restituere, restaurare*¹⁾ brauchen die Quellen, niemals bei den Actionen *rescindere* oder *nullius momenti*.²⁾ Gewöhnlich spricht man von Anfechtung und man mag den Ausdruck beibehalten, obgleich er bei fraudulosen Unterlassungen nicht gut passt, wenn man damit nur nicht den Begriff der Ungültigkeit verbindet. Anfechtbar im Sinne von ungültig ist ein doloses Rechtsgeschäft: Der Käufer muss die widerrechtlich erworbene Sache herausgeben, aber er erhält auch sein Kaufgeld zurück; dem Recht der Anfechtung haftet die Pflicht auf Ersatz der Gegenleistung grundsätzlich und in allen Fällen an. Die Pauliana gründet sich nicht auf das Rechtsgeschäft als solches, sondern auf die Thatsache, dass der Schuldner irgend eine Handlung in Verkürzungsabsicht vorgenommen hatte und die Gegenleistung des Beklagten kommt bei der *in f. actio* überhaupt nicht zur Sprache. Bei der *actio leg. 1* ist das Kaufgeld dem Beklagten unter Umständen herauszugeben, aber nicht weil ehemals überhaupt eine Gegenleistung gemacht wurde, sondern weil und soweit in dem Vermögen des Schuldners die Gegenleistung noch sich findet (l. 8.)

Aus der Selbstständigkeit des Anspruchs folgt, dass die Pauliana ihrer Natur nach persönlich ist, sie gründet sich nicht auf Rechte an Sachen, sondern auf Handlungen des Schuldners.

Das Recht der Pauliana entsteht für jeden einzelnen Gläu-

1) L. 1 § 1, 2, l. 6 § 10, l. 7, l. 10 pr. § 1, 6, 10, 11, 20, l. 14 etc.

2) Ueber l. 22 s. das Folg. unter Anhang: Erfüllung und Pfandbestellung.

biger, also kann auch der einzelne klagen; da der Anspruch nicht auf Befriedigung sondern auf Rückgabe des fraudulos Erhaltenen geht, behält der Kläger dasjenige, was er erlangt hat für sich ohne den andern Berechtigten, wenn sie nicht mitklagen, etwas herausgeben zu müssen.¹⁾

¹⁾ Die Pauliana soll ein einseitiger Wiederherstellungs-Anspruch sein, aber die fraudulose Freilassung ist ja sogar nichtig? Sie fällt nicht unter die Pauliana: Der Freigelassene ist weder Contrahent des Fraudator noch sonst an dessen Fraus betheiligt, indem die Freilassung auf den Willen des dominus allein gestellt ist; das Vermögen des dominus hat sich allerdings durch die Freilassung sogar vermindert, allein der Freigelassene hat nichts erhalten, die Sache des dominus ist nicht mehr vorhanden, der Slave hat sich zur Person verwandelt. Mit der Paulinia war demnach nichts zu erreichen, der Schutz des Gläubigers musste ein anderer sein und war ein anderer, die fraudulose Freilassung ist eben nichtig D. 40, 9 qui et a quibus manumissi liberi non fiunt et ad legem Aeliam Sentiam. Fraudulos ist die mit dem Bewusstsein der Insolvenz vorgenommene Freilassung l. 10 eod. Die Nichtigkeit kann durch zehnjährigen Freiheitsgenuss geheilt werden l. 16 § 3 eod. Da die Pauliana sich nicht auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts gründet, sondern auf die Thatsache, dass ein Rechtsgeschäft oder sonst eine Handlung zur Verkürzung der verletzten Gläubiger geschah, so ist es unerheblich, welche Zeit zwischen der fraudulosen Handlung und der Pauliana liegt, der Zeitablauf kann gewissen Thatsachen gewisse Wirkungen geben oder nehmen, die Thatsachen selbst — und nur auf diese gründet sich die Paulinia — aber nicht ungeschehen machen. — Deshalb ist auch l. 23 D. 42, 8 keine Ausnahme von der Regel, dass die Pauliana unbedingt die Generalexecution voraussetzt: Die Erben treten die Erbschaft an, nachdem ihnen die Gläubiger Erlass der Forderungen bis auf eine bestimmte Quote bewilligt hatten; Frage: erlangen diejenigen die Freiheit, welche das Testament aus der Gewalt entliess (und die Alimente, letzteres eine Frage unbedingt aus dem Erbrecht)? Antwort: die Freilassungen, sofern sie nicht in fraudem cred. gegeben sind, kommen zu (die Legate dagegen werden bei Insolvenz der Erbschaft nicht geschuldet): Die Erben sind es, die Nachfolger des fraudator welche sich eventuell auf die Ungültigkeit der Freilassungen berufen können — natürlich von der Pauliana keine Rede! Die fraudulosen Freilassungen sind nichtig. Die Pauliana hat der Erbe nicht, s. l. 4 C. h. t. „Filius debitoris ei succedentes veluti in creditorum fraudem alienatorum facultatem revocandi non habere notissimi juris est.“

Anhang: Erfüllung¹⁾ und Pfandbestellung.

Die während des Güterbesitzes geschehene Zahlung d. i. Erfüllung einer Obligation auf Geld, erzeugt einen Anspruch auf Gleichstellung, wenn die Gläubiger durch den Güterverkauf nicht befriedigt werden. l. 6 § 7 D. h. t. Anscheinend haftet nur der wissende Empfänger (s. l. 6 § 7 „*praeripere*“). Bei jeder andern Erfüllung entsteht ein Anspruch durch die Handlung allein und sofort, denn es ist sicher, dass der befriedigte Gläubiger dasjenige, was er erhalten hat, auch bei solventem Executionsvermögen nicht erhalten haben würde: der Güterverkauf gibt den Gläubigern Geld und nicht andere Sachen. In diesem Fall erhält der Gläubiger seine Gegenleistung zurück, das Forderungsrecht lebt wieder auf l. 7, 8 D. h. t.

Die vor erlangtem Güterbesitz, aber nach der Einweisung geschehene Erfüllung jeder Art unterliegt, wenn der Güterverkauf keinen genügenden Erlös gibt, der in f. actio. l. 10 § 16. Durch den Empfang verlor der Gläubiger sein Forderungsrecht, er erhält seine Gegenleistung nicht zurück, da die Masse, aus welcher sie zu geben, nicht mehr vorhanden ist. Der gutgläubige Erwerber kann demnach unter keinen Umständen haften s. l. 25 § 3. „*Si procurator ignorante domino cum sciret debitorem eius fraudandi cepisse consilium iussit servo ab eo accipere hac actione ipse tenebitur non dominus.*“ Diese Stelle kann sich nur auf die überhaupt unerlaubte Erfüllung beziehen und diese ist die Erfüllung nach der Einweisung. — Die Erfüllung einer fälligen Forderung vor der Einweisung ist nicht fraudulos, l. 10 § 16, l. 24.

Die fraudulose Pfandstellung während des Güterbesitzes unterliegt der actio leg 1 D. h. t.²⁾ Wenn auch das prätorische Pfandrecht an den in Besitz genommenen Sachen jedem später

¹⁾ Grundlegend *Francke*, Arch. f. civ. Pr. XVI, 5, 10; über die Erfüllung durch Leistung an Erfüllungsstatt, s. *Struckmann*, Jahrb. f. Dogm. XII, 277, dag. *Windscheid* Pand. § 463³³.

²⁾ L. 6 § 6 D. h. t. „*pignora.*“

entstandenen Pfandrecht vorgeht, so ist deshalb die Pauliana durchaus nicht ausgeschlossen und sie war auch hier in dem vorjustinianischen Recht von voller Bedeutung, da der Verlust des Besitzes das prätorische Pfandrecht erlöschen machte. Bezüglich der Sachen, welche noch nicht in dem Besitz der Gläubiger gewesen, gab die Pauliana den einzigen Schutz und den weitgehendsten die in rem actio, welcher nach der oben versuchten Ausführung jeder Inhaber haftete.

Fraudulose Pfandbestellungen vor dem Güterbesitz unterliegen der in f. actio.

Es war dies eine Punkt für Punkt bestrittene Frage in dem gemeinen Recht, wann auf eine vor dem Concurs geschehene Pfandbestellung für eine fällige Forderung die Pauliana anwendbar sei. In l. 10 § 13 und l. 22¹⁾ fand man zwar allgemein die Zulässigkeit der Pauliana ausgesprochen, aber es fehlte das Genauere und gerade in der Hauptsache herrschte die grösste Uneinigkeit, unter welchen Voraussetzungen nämlich eine solche Pfandbestellung als fraudulos sich darstelle, ob nicht eine Gegenleistung oder auch die Abstandnahme von der Execution die Verpfändung erlaubt mache, ob der nichtwissende Pfandnehmer hafte. Die Frage ist unlösbar, so lange man die missio und die Concurseröffnung auf eine Stufe stellt: das decretum de aperiundo c. ist wirkliche Exekution, die missio Erlaubniss zur Execution. So sehr in dem Römischen Recht Pfänder vor der Execution — dem Güterbesitz — für fällige Forderungen in fraudem bestellt werden konnten, so wenig enthielt eine solche Pfandbestellung Fraus, wenn sie vor der Einweisung, der Erlaubniss zur Execution geschah: die zwischenzeitliche unterliegt wie die Erfüllung einer fälligen Forderung der in f. actio.

Eben dies ist zunächst zu untersuchen, ob die Natur der Sache für die Pfandbestellung eine andere Behandlung bedingt, als für die Erfüllung und das behauptet *Windscheid*, Pand.

¹⁾ L. 13 D. h. t. ist nach *Huschke's* Erklärung, S. 102, zu übersetzen: Die in f. actio kann auch gegen die Gläubiger des Contrahenten des Fraudator gehen, wenn sie dessen Güter rei servandae causa possident, nicht aber gegen diejenigen, welcher die Sache zum Pfand erhielt.

§ 463³²: „Man hat gefragt, wie sich dieser Satz mit dem Satze vertrage, dass dem Schuldner erlaubt sei, zu zahlen, da ja Verpfändung nichts sei als indirecte Zahlung. Die Sache ist doch sehr einfach. Es ist dem Schuldner erlaubt, einem Gläubiger zum Nachtheil der übrigen zu leisten, was ihm gebührt; aber es ist dem Schuldner nicht erlaubt, die gesetzliche Regel über die Ordnung, in welcher die Gläubiger künftig befriedigt werden sollen, zum Nachtheil eines derselben zu verkehren. Er darf wie l. 2 D. h. t. sagt, keinen Gläubiger dem andern „praepo-
nere“.“

Ueber die zur Unterstützung angerufene l. 2 haben wir uns oben ausgesprochen, und die Natur der Sache scheint das gerade Gegentheil zu ergeben. Es ist ein unbestreitbarer Satz, dass das maius das minus enthalte¹⁾ und wenn nicht bezweifelt werden kann, dass Erfüllen mehr ist wie Pfandbestellen, so muss, wie erlaubt die Erfüllung ist, um so erlaubter die Pfandbestellung sein. Der Schuldner darf die gesetzliche Ordnung der zukünftigen Befriedigung nicht verkehren! Die Erfüllung ist die stärkste Verkehrung, der Befriedigung des Chirographariers kommt das Privileg des privilegiertesten Gläubigers nicht gleich. Im Fall für den Hauptheil der Schuld Zahlung geleistet, für den übrig bleibenden Minimalbetrag ein Pfandrecht bestellt worden — die Zahlung wäre gerechtfertigt, das Pfandrecht unerlaubt? Oder für eine bedeutende Forderung wird eine Sache unbedeutenden Werthes zum Pfand gegeben; der Gläubiger hatte ein Recht auf Erfüllung, er erhält dem Inhalt und dem Umfang nach Geringeres, statt Erfüllung ein Pfandrecht, statt eines deckenden Pfandrechts ein solches an werthloser Sache — und doch der Pauliana verfallen?

Fischer behauptet, eine Pfandbestellung unterliege dann der Pauliana, wenn sie in der Absicht vorgenommen wurde, die übrigen Gläubiger zu schädigen, sie über den Betrag der Pfandschuld hinaus zu verkürzen. s. S. 84 fg. „Wie wenn (der Pfandgläubiger) die Pfandsache verschleuderte und sich oder dem Schuldner heimlich einen Vorthail von dem Käufer derselben

¹⁾ L. 110 D. 50, 17. In eo quod plus sit, semper inest et minus.

ausbedang. Dagegen hatte allerdings der bon. emtor als Rechtsnachfolger des Schuldners einen Anspruch auf Schadenersatz. Hatte aber der Schuldner colludirt, so fiel dieser Anspruch *ex persona debitoris* selbstverständlich weg. Es lag hier eine *fraus* vor, die nur mit der a. P. unschädlich gemacht werden konnte. Man könnte nun meinen, die a. P. hätte in solchen Fällen nicht gegen die Pfandbestellung sondern gegen den Pfandverkauf als die eigentlich fraudulose Handlung gerichtet werden müssen. Allein der Pfandverkauf war ein zwischen Dritten abgeschlossenes Geschäft und entzog sich der Anfechtung der Gläubiger. Aber der Grund ihrer Schädigung lag gerade in der Pfandbestellung“ . . .

Ich bestreite die Existenz eines Pfandrechts, dessen Verwirklichung die Gläubiger schädigen soll, es gibt nur ein Pfandrecht zur Sicherung des Pfandnehmers. Nebenberedungen frauduloser Art mögen stattgefunden haben — sie liegen gänzlich ausserhalb des Pfandvertrags. Die Erlaubniss, welche der Schuldner dem Pfandnehmer gibt, die Sache zu verschleudern, welche Erlaubniss bei der Pfandbestellung erfolgen mag oder auch sonst wann *nach* derselben zu irgend einer Zeit erfolgen kann, begründet keine Verpflichtung unter den Parteien: der Gläubiger, welcher als rechtlicher Mann zu verfahren hat, ist an dieselbe nicht gebunden, der Schuldner kann seine Erlaubniss jederzeit widerrufen — mit der Pfandbestellung hat sie nichts gemein. Verschleuderte der Pfandgläubiger auf Grund der ertheilten Erlaubniss, so entsteht allerdings für den Schuldner, welcher seinen Willen erfüllt sieht kein Anspruch, wohl aber entsteht ein paulianischer Anspruch für die Gläubiger, zu deren Schädigung die Erlaubniss gegeben und gebraucht worden ist. Die heimliche Ausbedingung von Vorthelen verheimlicht einen Theil des Kaufpreises, den die Gläubiger von dem Käufer direct einziehen oder, falls der Schuldner nachträglich verzichtet hätte mittels der *Pauliana* durch Aufhebung des Verzichtes erlangen können — die Schädigung liegt niemals in der Pfandbestellung. —

Ausnahmslos werden l. 10 § 13 und l. 22 als übereinstimmend angesehen und auch *Fischer* beginnt seine Erörterungen mit der Behauptung, Ulpian (l. 10 § 13) wiederhole nur *Scaevola's* Entscheidung in kürzerer Form, sein Ausspruch sei aber

dadurch von Interesse, dass er versichere, so sei sehr oft entschieden und ferner dadurch, dass er die Gegensätzlichkeit der Pfandbestellung zur Erfüllung hinsichtlich der Pauliana betone. Die positive, ganz bestimmte l. 10 § 13 eine Wiederholung der Verclausulirungen der l. 22? Nach meiner Ansicht haben die beiden Stellen nichts miteinander gemein, sie behandeln vielmehr jede einen besondern Fall.

L. 10 § 13, welche auf den Zusammenhang verweist, darf aus dem Zusammenhang nicht genommen werden, ohne welchen sie in ihrer Kürze überhaupt kaum, jedenfalls nicht richtig zu verstehen ist; wenn l. 10 § 13 erklärt, für Pfandbestellung gelte Anderes als für Erfüllung, so setzt sie die Erfüllung, deren sie gedenkt, als bekannt und abgehandelt voraus; von Erfüllung und deren *fraus* spricht bis dahin nur und gerade der vorhergehende § 12 (l. 6 § 6 gehört ja unter die *actio leg.* 1) folglich müssen diese beiden Paragraphen zusammen interpretirt werden, der nachfolgende mit und aus dem vorhergehenden: (§ 12) „Wenn bei einer *befristeten* Forderung der Fraudator vorzeitig erfüllte, so ist zu sagen, dass die in f. *actio* in dem Statt hat, was für einen Vorthail ich durch die vorzeitige Erfüllung erlangt habe: denn der Prätor erkennt, dass eine *fraus* auch in der Zeit geschehe, (§ 13) Wenn aber einem — also *cui in diem debetur* — nicht erfüllt worden ist, sondern er für sein Forderungsrecht nachträglich¹⁾ ein Pfand nimmt, so ist er dieser *actio* verhaftet, wie immer und überall entschieden worden ist.“

Von wesentlicher Bedeutung ist die Bestimmung der Zeit auf welche sich § 12 und 13 beziehen: Nach l. 10 § 16 erzeugt die nach der Einweisung geschehene Erfüllung einer fälligen Forderung einen Anspruch auf gänzliche Rückgabe des Erhaltenen, um soviel mehr erzeugt diesen Anspruch die Erfüllung einer befristeten Forderung nach der Einweisung und eine Pfandbestellung nach der Einweisung: die Prinzipien des *maius* (fällige

¹⁾ Wenn die Pfandbestellung Theil der Hauptverpflichtung ist, so richtet sie sich natürlich nach dieser z. B. Eigenthumserlangung unter Bestellung der Sache zum Pfand, Empfang eines Darlehns „gegen“ Pfandbestellung, daher das *vetus* in l. 10 § 13 und l. 22.

Forderung) sind für die Behandlung des minus (befristete Forderung, Pfandbestellung) überall massgebend. Wenn nun l. 10 § 12 wegen Erfüllung einer befristeten Forderung den fraudirten Gläubigern einen geringern Anspruch, nur das *commodum repraesentationis* gibt, wenn in l. 10 § 13 die Erfüllung im Gegensatz zur Pfandbestellung erwähnt wird, so kann es sich um ein Verhältniss von fälliger zu befristeter Forderung sowie Pfandbestellung nicht handeln, sondern l. 10 § 12 und § 13 müssen sich auf eine Zeit beziehen, in welcher die Erfüllung einer fälligen Forderung überhaupt nicht in Frage kommt, auf die Zeit *vor* der Einweisung.

Der Gegensatz der l. 10 § 13 und § 12 liegt nicht in einem verschiedenen Princip der in f. actio für die Pfandbestellung zur Sicherheit einer befristeten Forderung und für deren Erfüllung, der Unterschied gründet sich vielmehr auf die Verschiedenheit der zwischen Gläubiger und Schuldner hervorgehenden Rechtsverhältnisse. Die Erfüllung einer befristeten Forderung vor der Zeit setzt einen neuen Vertrag zwischen den Parteien voraus, weder der Schuldner noch der Gläubiger waren damals zur Hingabe und Empfangnahme verpflichtet oder berechtigt gewesen. Gegen den neuen Vertrag geht die *Pauliana*, nicht die Erfüllung überhaupt ist das fraudulose, sie gründet sich auf das ursprüngliche Schuldverhältniss *quod antea contractum erat quam is cuius bona venierunt, consilium receperit fraudare*, das Fraudulose ist die Erfüllung vor der Zeit und der Befriedigte hat nur das zu erstatten, was er durch den neuen Vertrag mehr erlangt hat, als ihm die zeitige Befriedigung gegeben haben würde (l. 17 § 2 D. h. t.)

Auch die nachträgliche Pfandbestellung für eine befristete Forderung geschieht kraft eines neuen Vertrags; wie bei der vorzeitigen Erfüllung, erlangt der Gläubiger, worauf er kein Recht hat und muss herausgeben, was er durch den neuen fraudulosen Vertrag erhielt, die Pfandsache; seine Lage ist nicht ungünstiger als die eines vorzeitig Befriedigten, wenn er die Masse für sein durch die Pfandbestellung unberührt gebliebenes Forderungsrecht in Anspruch nahm, sei es durch Geltendmachung seiner Forderung gegenüber dem Güterkäufer oder im spätern Recht durch Betheiligung an der Execution.

Was l. 22 angeht, so halte ich folgende Uebersetzung dieser sonderbaren Stelle, welche den Worten nach auf die eine Frage mit nein und ja antwortet, für entsprechend: „Frage: Wenn ein Gläubiger für sein Forderungsrecht nachträglich Pfänder angenommen hat, ist dies als zur Verkürzung der Gläubiger Geschehenes ohne rechtliche Bedeutung? Antwort: Nicht deshalb allein ist der Gläubiger von der Verfolgung der Pfänder abzuhalten, weil er auf sein Forderungsrecht einen nachträglichen Vertrag abschloss, dass verpfändet werde, wenn dies nicht auch seinerseits zur Verkürzung der übrigen Gläubiger geschehen ist und auf dem Wege Rechtes entgegengetreten wird, auf welchem der Gläubiger Verkürzungsabsichten gehemmt zu werden pflegen.“

Es handelt sich in der Stelle unzweifelhaft um eine Pfandbestellung für eine fällige Forderung — sonst müsste eben das Gegentheil gesagt sein — und zwar um eine Pfandbestellung, wie die Einreihung der Stelle unter die Erörterung über die in f. actio zeigt, welche nach dem Güterverkauf in Frage kommt. Aus den Worten „non prohibendum a persecutione pignorum,“ „occuratur“ geht hervor, dass der Pfandgläubiger nicht im Besitz der Pfandsache ist, sondern dieselbe herausverlangt; sein Gegner kann also nur der Güterkäufer sein, da ja durch den Verkauf das Vermögen des Schuldners, in welchem die Pfandsache sich befindet, aus den Händen der Gläubiger auf den Güterkäufer übergeht. Das Rechtsmittel der l. 22 ist also die exceptio des Güterkäufers. Die Paulianischen Klagen erzeugen selbständige Ansprüche — l. 22 braucht „nullius momenti, rescindi,“ Ausdrücke welche gleichfalls zwingend auf die exceptio des Güterkäufers hinweisen, sie entsprechen durchaus dem ne actio eo nomine sit der l. 25 D. 42, 5 supra cit. und diesem allein.

Zur Interpretation ist dies wohl ohne weitere Bedeutung als die, dass demnach gar nicht in unserm Titel oder überhaupt im Corpus juris sich irgend ein Ausspruch über die Zulässigkeit der in f. actio gegen Pfänder für fällige Forderungen findet, aber diese Bedeutung ist nicht zu unterschätzen. Ulpian behandelt in l. 10 § 6 die Erfüllung einer fälligen Forderung, so sie

vor der Einweisung oder nach der Einweisung geschah, wenn aber Ulpian, wenn das Corpus juris über die Pfandbestellung für eine fällige Forderung schweigt, so verweist dieses Schweigen auf die Grundsätze der Erfüllung; und die Probe: wir haben bestimmte Erklärungen auch über die Pfandbestellung, wo diese von der Erfüllung abweicht, eben bei befristeten Forderungen in l. 10 § 12 und § 13 D. h. t.

Die Pfandbestellung der l. 22 würde demnach, wenn sie auch eine Zeitbestimmung nicht enthält, eine nach der Einweisung vorgenommene sein. Bezüglich des Fehlens einer Zeitbestimmung erscheint mir Folgendes berücksichtigenswerth: l. 10 § 16 kann immerhin Zweifel erregen, ob nicht auch die Erfüllung an einen Nichtwissenden der in f. actio unterliege; diesen Zweifel beseitigt l. 25 § 3, welche mit voller Bestimmtheit nur den an der fraud. Betheiligten für haftbar erklärt, ohne Hinzufügung einer Zeit, wann die Erfüllung geschah; da aber nach l. 10 § 16 nur die Erfüllung nach der missio der Pauliana unterliegt und eine frühere immer und überall gerechtfertigt ist, so erscheint die Gränze der missio in l. 25 § 3 stillschweigend enthalten. Einen gleichen Zweck der Ergänzung mag l. 22 verfolgen; wenn es nach l. 10 § 16 zweifelhaft sein kann, ob auch der nichtwissende Erfüllungsempfänger hafte, so ist dies nicht minder zweifelhaft für den nichtwissenden Pfandnehmer, welchen l. 10 § 16 stillschweigend enthält. L. 22 erklärt, zur exceptio genügt es nicht, dass sich Jemand von dem Fraudator nachträglich für seine Forderung ein Pfand bestellen liess, dargethan muss werden das Wissen des Gläubigers und gegen diesen geht die exceptio allein (*nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via juris occuratur qua creditorum fraudes rescindi solent.*) Eine Zeitbestimmung findet sich hier so wenig wie in l. 25 § 3 ist aber l. 22 gleichfalls eine Erläuterung der l. 10 § 16 so enthält sie auch deren Beschränkung.

Eines hat meine Erklärung der l. 22 jedenfalls für sich, um dies schliesslich noch einmal hervorzuheben, sie entspricht dem Grundsatz, welcher die Behandlung des minus von den Principien des maius als abhängig erklärt. Und der beste Beweis für die Beibehaltung dieses Grundsatzes beim Pfandrecht ist das

Schweigen der Quellen, diese sogenannte Dürftigkeit der Quellen bei gewiss auch den Römern wichtigen Fragen gegenüber all den modernen Untersuchungen über diesen und jenen Fall des Pfandrechts, über Gegenleistung des Pfandnehmers, über die bald jetzt, bald dann eintretende Haftung — diese sogenannte Dürftigkeit, welche unserer Auslegung noch viel dürftiger den Worten nach erscheint, als sie denjenigen erschienen ist, welche sie allzusehr beklagen zu müssen geglaubt haben.



✓ 1000

Claasen, H. E.

Ueber den Schutz des Gläubigers im römischen Recht gegen Verkü
rzungshandlungen seines Schuldners

Deutz 1879

J.rom.m. 102 ud

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11390022-1